

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ ÉCOLOGIQUE
FAUSSE OU TROMPEUSE AU CANADA : UNE NÉCESSITÉ POUR LA
RÉALISATION DU POTENTIEL DE LA CONSOMMATION
ÉCOLOGIQUE ?

Auteur(s) : Louis-Philippe LAMPRON

Revue : RDUS, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : 449-519

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11944>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11944>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PUBLICITÉ ÉCOLOGIQUE FAUSSE OU TROMPEUSE AU CANADA : UNE NÉCESSITÉ POUR LA RÉALISATION DU POTENTIEL DE LA CONSOMMATION ÉCOLOGIQUE?

par Louis-Philippe LAMPRON*

La prolifération d'une multitude de déclarations écologiques de toutes sortes, dont la teneur ne peut généralement pas être vérifiée par un non-expert, aurait contribué à la montée d'un certain scepticisme chez les éco-consommateurs canadiens et nuirait à l'essor de la consommation écologique. Ce constat nous a mené à étudier l'hypothèse suivante : serait-il possible qu'un resserrement juridique de l'actuel cadre normatif entourant la publicité écologique au Canada, principalement au niveau du contrôle de la véracité des déclarations écologiques en général, constitue une des solutions aux difficultés relatives à l'essor de la consommation écologique au sein des marchés canadiens et, par le fait même, favorise la mise en œuvre du développement durable au Canada?

*. L'auteur vient tout juste de terminer ses études de deuxième cycle à la Faculté de droit de l'Université Laval. Son mémoire de maîtrise, remis à la Faculté des études supérieures pour évaluation le 27 août 2004, était intitulé *L'encadrement juridique de la publicité et de l'étiquetage écologiques : une voie vers la mise en œuvre du développement durable au Canada?* Présentement en stage au Bureau international du travail, l'auteur compte entreprendre des études de troisième cycle en droit dès l'automne 2005. L'auteur tient à remercier chaleureusement Madame Sophie Lavallée, professeure adjointe à la faculté de droit de l'Université Laval, pour la très précieuse aide apportée à la réalisation de cet article. L'auteur tient également à souligner l'apport du *Centre Interuniversitaire de Référence sur l'Analyse, l'Interprétation et la Gestion du Cycle de vie des produits, procédés et services* (CIRAIG) de même que du *Fonds d'action québécois pour le développement durable* (FAQDD), qui ont financé une partie des recherches nécessaires à la réalisation du mémoire de maîtrise à la base du présent article.

450 *L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada: une nécessité* (2005) 35 R.D.U.S. pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique?

The proliferation of declarations concerning green marketing practices, the significance of which cannot be verified by the ordinary consumer, has likely contributed to a growing scepticism on the part of ecologically-conscious consumers and has hindered the development of green consumerism in Canada. Recognition of this fact leads to an examination of the question whether a tightening of normative provisions governing green marketing presently in force in Canada, especially with regard to controlling the truthfulness of ecological declarations in general, could constitute one solution to difficulties encountered in the development of green consumerism in Canadian markets and thus favour the implementation of sustainable development in this country.

(2005) 35 R.D.U.S.	<i>L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada : une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique?</i>	451
--------------------	---	-----

SOMMAIRE

Première partie :	À la recherche de produits et services «verts» : l'information comme fondement d'une consommation écologique effective.	459
1.1.	La consommation écologique : évolution, potentiel et état de la situation au Canada	459
1.2.	Les éco-consommateurs et la publicité écologique : en quête de repères.	464
1.2.1.	Les différents cas répertoriés de «maquillage vert»	466
1.2.2.	La publicité écologique : un bien d'expert	468
Deuxième partie :	L'encadrement normatif de la publicité écologique en droit canadien	471
2.1.	État du droit fédéral sur la question de la publicité écologique	473
2.1.1.	Publicité écologique et Bureau de la concurrence : le rôle du Commissaire de la concurrence	478
2.1.1.1.	Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité	480
2.1.2.	Recours sous l'article 52 (1) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	483
2.1.3.	Les recours civils de la partie VII.1 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	487
2.1.3.1.	Recours sous l'article 74.01 (1) (a) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	489
2.1.3.2.	Recours sous l'article 74.01 (1) (b) de la <i>Loi sur la concurrence</i>	489

2.2.	État du droit québécois sur la question de la publicité écologique : Le régime de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	492
2.2.1.	Les recours contractuels	495
2.2.2.	Les recours administratifs	496
2.2.3.	Les recours pénaux	498
2.3.	Lacunes et difficultés	499
 Troisième partie : Quand les dispositions générales ne suffisent pas : proposition de réglementation spécifique au contrôle de la publicité écologique fausse ou trompeuse		
3.1.	Droit fédéral : réglementer l'émission des <i>déclarations</i> écologiques	504
3.1.1.	Court terme : établir des règles contraignantes pour les entreprises désirant émettre une <i>déclaration</i> écologique	505
3.1.2.	Moyen ou long terme : instaurer un régime similaire à celui qui a été établi pour l'étiquetage des aliments biologiques par la <i>Loi sur les appellations réservées</i>	508
3.2.	Droit québécois : faciliter les recours des éco-consommateurs individuels	509
3.3.	Restrictions à la liberté d'expression commerciale des entreprises?	512
CONCLUSION		516

Since global warming is a «scientific» problem, it is assumed that it must have a scientific solution. [...] More attention is paid to ways of mitigating the effects of global warming, than to its causes in human behaviour and choices, the underlying social commitments which make up our daily lives.

Micheal Redclift

*Sustainable Development : Economics and the Environment*¹

Protection de l'environnement, comportement écologique, partis politiques «verts», conscience environnementale... toutes ces expressions peuvent aujourd'hui sembler communes à un grand nombre de canadiennes et canadiens tant elles font partie intégrante de notre quotidien. L'intégration de la question environnementale au cœur des systèmes d'éducation actuels a atteint un niveau tel, qu'il serait aujourd'hui assez facile de se convaincre que le caractère précieux et limité des ressources naturelles, desquelles nous tirons notre subsistance, est, et a toujours été, universellement reconnu. Rien ne serait pourtant plus faux.

Bien qu'il soit vrai que l'intérêt de l'humanité pour le milieu qui l'entoure ne date pas d'hier², la perspective avec laquelle on envisage aujourd'hui notre rapport aux ressources naturelles a évolué de façon dramatique au cours des trente dernières années. Depuis la fin du XVII^{ème} siècle, l'émergence du libéralisme, fondé sur la très cartésienne foi au progrès et au développement technologique³, a en effet amené l'être humain à concentrer la

-
1. M. Redclift, «Sustainable Development : Economics and the Environment» dans M. Redclift et C. Sage, dir., *Strategies for sustainable development*, New-York, John Wiley & Sons, 1994, 17 à la p. 30.
 2. Certains auteurs font même remonter au XIV^{ème} siècle les fondements de l'écologie en tant que science. Voir à ce propos : P. Matagne, *Comprendre l'écologie et son histoire*, Paris, Delachaux et Niestlé, 2002 aux pp. 14-16; J.-P. Deléage, *Histoire de l'écologie : une science de l'homme et de la nature*, Paris, La Découverte, 1992 aux pp. 5-10.
 3. «... connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieux et de tous les autres corps qui nous environnent, aussi distinctement que nous connaissons les divers métiers de nos artisans, nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres, et ainsi nous rendre comme maîtres et possesseurs de la nature.»

quasi-totalité de ses efforts sur la recherche de moyens permettant de dominer la nature, alors considérée comme une source inépuisable de matériel⁴.

Cette véritable obnubilation du développement et de la croissance a eu pour conséquence de repousser, très loin à l'arrière-plan, toute forme de questionnement quant à la potentielle finitude des ressources de la planète et à l'incidente nécessité de les protéger. De surcroît, comme si la toute-puissance du courant productiviste ne représentait pas un obstacle suffisant, les plus précoces défenseurs de l'environnement durent également composer, ce qu'ils doivent d'ailleurs toujours faire, avec les problèmes de perception liés à l'apparente dichotomie entre le droit de l'environnement et les libertés individuelles.

Comme trop souvent, c'est la survenance de différentes catastrophes⁵ - et la peur de leur répétition, aggravation ou conséquences à court terme - qui a principalement permis aux environnementalistes de faire inclure le thème de la protection de l'environnement, et ensuite celui du développement durable, au sein de la sphère des préoccupations impérieuses de notre époque. Comme l'ont écrit, à bon droit, les auteurs Barry Sadler et Peter Jacobs : «Le principe moteur de la recherche d'un développement durable et des moyens de le réaliser est la conviction de plus en plus profonde de l'imminence d'une crise environnementale»⁶.

-
4. [nos italiques] : R. Descartes, *Discours de la méthode*, Anjou, CEC, 1996 aux pp. 81-82.
C. De Laet, «Aperçu philosophique du développement durable» dans B. Sadler et P. Jacobs, dir., *Développement durable et évaluation environnementale : perspectives de planification d'un avenir commun*, Hull, Conseil canadien sur l'évaluation environnementale, 1990, 173 à la p. 176.
 5. Entre autres : la découverte, au Japon, de la maladie de Minamata, découlant de l'ingestion de poissons contaminés au mercure (1956); les naufrages des pétroliers *Torrey Cannon*, au large de l'Angleterre (1967), *Arrow*, au large de la Nouvelle-Écosse (1970) et *Exxon Valdez*, au nord de l'Alaska (1989); la tragédie découlant de la fuite de gaz d'une usine d'*Union Carbide* à Bhopal, en Inde (1984); les accidents nucléaires de *Three Mile Island*, aux États-Unis (1979) et de *Tchernobyl*, en Ukraine (1986).
 6. B. Sadler et P. Jacobs, «Définir les rapports entre l'évaluation environnementale et le développement durable : la clé de l'avenir» dans B. Sadler et P. Jacobs, dir., *supra* note 4 à la p. 5.

Quel coupable pour tous ces troubles? Le rythme de vie et de consommation des habitants des pays industrialisés a rapidement été désigné comme un des grands responsables des actuels problèmes liés à la dégradation de l'environnement⁷. Pour reprendre une image consacrée, si tous les habitants de la planète consommaient au rythme des personnes vivant dans les pays industrialisés, deux planètes supplémentaires seraient nécessaires pour subvenir aux besoins de tous et chacun⁸. Cette prise de conscience a mené à ce que la réputée économiste britannique Frances Cairncross a qualifié, en 1993, de «changement le plus radical des habitudes des consommateurs que les commerçants et fabricants aient jamais connu»⁹ : la consommation écologique¹⁰.

En effet, plusieurs études démontrent que, de plus en plus conscients des enjeux relatifs à la dégradation de l'environnement et de l'impact que leurs actions individuelles sont susceptibles d'avoir à ce sujet, une proportion importante d'habitants des pays industrialisés, dont le nombre ne cesse de croître depuis le début des années 70¹¹, auraient modifié plusieurs de leurs habitudes quotidiennes (achats de produits et services, recyclage domestique, etc.) et

-
7. «The German Federal Environmental Agency estimates that at least 30 to 40 percent of all environmental problems are directly or indirectly the result of existing consumption patterns.» : A. Jordan, R. Wurzel, A. R. Zito et L. Brückner, «Consumer responsibility-taking and eco-labelling schemes in Europe» dans A. Follesdal, D. Stolle et M. Micheletti, dir., *Politics Products and Markets: exploring political consumerism, past and present*, Somerset, Transaction publishers, 2003 à la p. 161. Voir aussi : IUCN, PNUE et WWF, *Sauver la planète*, Gland, IUCN, 1991 aux pp. 47-48; OCDE, *Vers des modes de consommation durables : le point sur les initiatives des pays membres*, Paris, OCDE, 1998 à la p. 7.
 8. C. Villeneuve, «Chérie, devrait-on s'acheter une deuxième planète?», (printemps 1995) 16 *Écodécision* 4. Voir aussi : D. J. Johnston, «Un plan de travail pour faire du développement durable une réalité», (automne 2002) 3 *Revue canadienne de recherche sur les politiques* 25 à la p. 27.
 9. F. Cairncross, *Les Marchés verts : réconcilier croissance économique et écologie*, Paris, d'Organisation, 1993 à la p. 171.
 10. Que nous désignerons également par les expressions : «consommation verte» et «éco-consommation» tout au long du présent article.
 11. L. Boy, «L'écotiquet communautaire, un exemple de droit post-moderne», (1996) 10 *Revue internationale de droit économique* 69 à la p. 70; F. Tanguay, «Maquillage vert ou développement durable : l'entreprise relèvera-t-elle le défi?» dans C. Gendron et M. Provost, dir., *Actes du Colloque Entreprise et développement durable : opérationnaliser le développement durable au sein de l'entreprise*, Montréal, ACFAS, 1996 à la p. 35.

intégreraient désormais, à un degré plus ou moins important, le facteur «impact environnemental» à leur mode de vie courant¹².

L'impact potentiel de ces «éco-consommateurs»¹³ n'est certes pas passé inaperçu sur le marché, tant auprès de l'entreprise privée que des instances gouvernementales¹⁴. Aussi put-on assister à l'émergence de deux types de procédés, aux finalités diamétralement opposées l'une de l'autre.

D'un côté, constatant l'incompatibilité évidente entre la vision traditionnelle de l'économie et l'instauration de mesures effectives de développement durable¹⁵, plusieurs groupes concernés par la protection de l'environnement imaginèrent des mécanismes «visant à exploiter les marchés pour atteindre des objectifs environnementaux»¹⁶. Sur le versant opposé toutefois, la progression du nombre de consommateurs écologiques a également été considérée – et utilisée – comme une simple «occasion d'affaires». Confrontées à l'émergence et à l'expansion des «marchés verts», plusieurs entreprises tentèrent d'attirer les éco-consommateurs en s'attribuant «une image verte pour conserver leur part de marché, sans réellement modifier leurs procédés de fabrication ou leurs produits. C'est cette pratique qualifiée de “maquillage vert”»¹⁷.

12. C. P. Duhaime, G. S. Kindra, M. Laroche et T. E. Muller, *Le comportement du consommateur*, 2^e éd., Boucherville, Gaétan Morin Éditeur, 1996 à la p. 567; K. C. Cavanagh, «It's a Lorax kind of Market! But is it a sneetches Kind of solution?: a critical review of current laissez-faire environmental marketing regulation» (1998) 9 *Villanova Environmental Law Journal* 133 aux pp. 133-134;

13. Qu'on peut également appeler : «consommateurs écologiques», «consommateurs verts» ou «citoyens verts».

14. J. A. Grodsky, «Certified Green: The Law and Future of Environmental Labeling» (Winter 1993) 10 *Yale Journal on Regulation* 147 à la p. 149.

15. C. Gendron et M. Provost, «Les entreprises et le développement durable», dans C. Gendron et M. Provost, *supra* note 11 à la p. 7.

16. CCE, *Pour des marchés verts : Étiquetage, certification et acquisition écologique au Canada, au Mexique et aux États-Unis*, Montréal, CCE, 1999 à la p. 2.

17. F. Tanguay, *supra* note 11.

La prolifération rapide de déclarations écologiques de toutes sortes, dont la teneur ne peut généralement pas être vérifiée par un non-expert¹⁸, combinée au manque d'assurance quant à la crédibilité des renseignements fournis¹⁹, semble avoir provoqué une montée de scepticisme au sein du groupe des éco-consommateurs nord-américains²⁰. Limités dans leur capacité de distinguer les déclarations écologiques imprécises ou déloyales («maquillage vert») des déclarations crédibles de préférence environnementale, ceux-ci, trop souvent, ne passent pas de la parole aux actes²¹ et ce faisant, empêchent la réalisation du potentiel de la consommation écologique.

Les difficultés éprouvées par les consommateurs écologiques canadiens lors de l'identification des produits et services «verts» nous amènent à nous poser deux questions sur l'efficacité du cadre normatif applicable au Canada : *Fournit-il aux éco-consommateurs des moyens de s'assurer du bien-fondé ou de la crédibilité des informations qu'on leur fournit? Si oui, ces moyens sont-ils suffisants?*

En effet, et contrairement à ce qu'un collectif d'auteurs spécialisés en consommation avait prévu en 1996²², aucune norme contraignante n'a été mise en vigueur pour venir appuyer les consommateurs écologiques canadiens. Mis

-
18. A. Nadaï, «Les conditions de développement d'un écolabel de produit» (Juillet 1997) 7 *Responsabilité & Environnement* 15 à la p. 19; F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 185.
 19. A. Gesser, «Canada's Environmental Choice Program : a Model for a "Trade-Friendly" Eco-Labeling Scheme» (1998) 39 *Harvard International Law Journal* 501 aux pp. 502 et 512.
 20. J.-M. Yang, «Effectiveness of Labeling Programs : a Consumer Perspective», (2003) 49 *Consumer interests annual* 1, en ligne: <http://consumerinterests.org/public/articles/LabelEffectiveness_03.pdf> (page consultée le 6 août 2004). Voir aussi : CCE, *supra* note 16 à la p. vii; M. J. Polonsky, J. Bailey, H. Baker, C. Basche, C. Jepson et L. Neath, «Communicating Environmental Information : Are Marketing Claims on Packaging Misleading?» (1998) 17 *Journal of Business Ethics* 281.
 21. CCE, *supra* note 16 aux pp. 5-6; L. Draetta, «Le décalage entre attitudes et comportements en matière de protection de l'environnement» dans C. Gendron et J.-G. Vaillancourt, dir., *Développement durable et participation publique : de la contestation écologique aux défis de la gouvernance*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 2003, 79 aux pp. 88-89. G. Cestre et D. Marguerat, *Écolabels et consommation : variables intervenant dans le processus d'achat*, Lausanne, HEC, 2003 aux pp. 34-51.
 22. C. P. Duhaime et autres, *supra* note 12.

à part certains cas particuliers, tombant sous l'égide de lois spécifiques²³, les ressources juridiques pertinentes aux questions de publicité écologique se limitent donc essentiellement à quelques dispositions générales provenant de deux lois, soit la *Loi sur la concurrence*²⁴ et la *Loi sur la protection du consommateur*²⁵.

Une première analyse des informations, sources et données pertinentes en la matière nous permet de formuler l'hypothèse suivante : le resserrement juridique de l'actuel cadre normatif entourant le contrôle de la véracité des déclarations écologiques en général pourrait constituer une des solutions aux difficultés relatives à l'essor de la consommation écologique au sein des marchés canadiens et, par le fait même, favoriserait la mise en œuvre du développement durable au Canada.

Dans le but de nous doter des ressources nécessaires à la vérification de l'hypothèse énoncée, une démarche en trois étapes s'avérera nécessaire. Ce choix méthodologique trouve d'ailleurs résonance dans la division du présent article en trois parties, soit : une première partie préliminaire, une seconde analytique et une troisième, critique et prospective.

Le caractère préliminaire de la première partie nous permettra d'asseoir les fondements théoriques nécessaires à la vérification de l'hypothèse. Ainsi, avant de procéder à l'étude du cadre normatif applicable au Canada, il semblait primordial de nous attarder aux thèmes de base de cet article, à savoir le potentiel de la consommation écologique, en tant que stratégie visant à favoriser le «virage durable» au Canada, et les difficultés rencontrées par les consommateurs canadiens désirant procéder à des achats «verts».

Nous tâcherons ensuite, en deuxième partie, d'analyser le cadre normatif canadien applicable au contrôle de la publicité écologique. Pour ce faire, nous

23. *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. 1985, c. C-38, art. 7; *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27, art. 5; *Loi sur l'étiquetage des textiles*, L.R.C. 1985, c. T-10, art. 5; *Loi sur les produits alimentaires*, L.R.Q. c. P-29, art. 4.

24. L.R.C. 1985, c. C-34, art. 52 et 74.01.

25. L.R.Q. c. P-40.1, art. 219-221.

étudierons donc les principales dispositions réglementaires, normes privées, décisions jurisprudentielles et lignes directrices pertinentes²⁶ en matière de publicité verte au Canada.

Finalement, la troisième partie nous permettra d'étudier deux pistes de solutions potentielles quant à la redéfinition des normes applicables au contrôle des différentes déclarations écologiques, soit : (1) la mise sur pied d'un régime réglementaire visant à contrôler l'émission des différentes formes de *déclarations* écologiques et (2) l'élaboration de mesures facilitant les recours des *éco-consommateurs* individuels lors d'un potentiel litige impliquant une publicité verte à caractère faux ou trompeur.

Première partie : À la recherche de produits et services «verts» : l'information comme fondement d'une consommation écologique effective.

1.1. La consommation écologique : évolution, potentiel et état de la situation au Canada

Née en Europe avant de traverser l'Atlantique pour entraîner les habitants de l'Amérique du Nord avec elle²⁷, la vague de «consommation verte» s'est rapidement étendue, toutes proportions gardées, à l'ensemble des pays industrialisés. Comme frappés par la foudre, un bon nombre de consommateurs occidentaux se mirent soudainement à exiger des entreprises qu'elles montrent «patte blanche» en matière environnementale, perdant de vue deux éléments fondamentaux : (1) il est impossible qu'une entreprise puisse montrer autre chose qu'une «patte souillée» lorsqu'il est question d'impacts environnementaux

26. Entre autres : INDUSTRIE CANADA, *Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Juillet 1993; NCP, *Code canadien des normes de la publicité*, Sherbrooke, NCP, 2003, en ligne : <www.adstandards.com/fr/Standards/adstandards.asp> (page consultée le 6 août 2004).

27. Y. Gabriel et T. Lang, *The unmanageable consumer*, Londres, Sage Publications, 1995 à la p. 164; F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 171.

reliés à ses activités²⁸ et (2) les réformes auxquelles les éco-consommateurs aspiraient devaient, pour être réalisables à court terme, pouvoir s'intégrer aux règles du marché et non pas s'y opposer.

En effet, au début des années soixante-dix, une certaine proportion des premiers consommateurs verts prônaient l'adoption de mesures radicales allant jusqu'à la cessation complète de la consommation au sein des sociétés industrialisées²⁹. Ce faisant, ils s'attaquaient directement aux bases mêmes du capitalisme et ne pouvaient évidemment pas s'attendre à une quelconque collaboration des membres du secteur industriel. Utopique³⁰, cette manière de considérer la consommation écologique ne put tenir longtemps la route et, confortés par la reconnaissance du concept de développement durable, c'est vers la recherche de solutions intégrant environnement et économie que se tournèrent les consommateurs écologiques.

Selon Marie-Christine LaHaye, docteure en sciences et chargée de mission à *Inter-Environnement Wallonie*, il est possible de définir la consommation écologique comme «une consommation réfléchie qui tient compte de l'impact qu'elle exerce sur l'environnement»³¹. Nous partageons cette opinion qui, à notre avis, tient compte de la réalité des marchés actuels en permettant une démarche par paliers³² qui rend envisageable, à moyen ou long

28. En effet, que chaque activité humaine, de la simple respiration à la combustion de déchets toxiques, produit nécessairement des implications environnementales dont l'importance varie.

29. Y. Gabriel et T. Lang, *supra* note 27 à la p. 164; *animal et l'homme*, Sarthes, Grasset, 1992, 25 à la p. 32; C. Merchant, *Radical Ecology : The search for a livable world*, New-York, Routledge, 1992 aux pp. 85-89.

30. Il est aujourd'hui clair que la participation du secteur industriel est essentielle à la mise en oeuvre du développement durable. À ce propos : F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 160.

31. M.-C. Lahaye, «Le consommateur et les produits "verts"», (printemps 1995) 16 *Écodécision* 60 à la p. 62.

32. Il importe ici de préciser que, selon nous, le principe de consommation écologique ne doit pas, à court terme, être limité, ni viser directement, à la réduction du rythme de consommation. Seront ainsi considérées comme des éco-consommateurs, des personnes qui, sans nécessairement réduire leur rythme de consommation, modifieraient leurs habitudes pour procéder à l'achat de produits et services plus respectueux de l'environnement. En ce sens, la consommation écologique ne doit pas être confondue, pour le moment du moins, à la philosophie baptisée «simplicité volontaire». À propos de la simplicité volontaire, voir : Serge Mongeau, *La simplicité volontaire, plus que jamais*, Montréal, Écosociété, 1998.

terme, l'objectif primordial de réduire le rythme de consommation des sociétés occidentales dans le futur³³. Cet angle avec lequel on doit aujourd'hui considérer l'éco-consommation peut aisément se résumer par la question posée, en 1995, par Claude Villeneuve, alors rédacteur en chef du mensuel *Écodécision* : «s'il est impossible de s'arrêter de consommer, comment peut-on le faire de façon écologiquement plus viable?»³⁴

Compte tenu des préoccupations qui sont à la base du présent article³⁵ et du rôle «préliminaire» que nous attribuons au principe de la consommation écologique, il nous semblait primordial – ou à tout le moins intéressant – de nous demander si le fait de favoriser la consommation écologique pouvait être susceptible de produire, à court terme, des effets concrets dans la mise en œuvre du développement durable. C'est que, par la composition du groupe de ses adeptes³⁶, le principe de l'éco-consommation peut facilement laisser perplexe. En analysant la situation d'un point de vue international, il paraît en effet assez tentant de comparer l'éco-consommateur typique à une personne qui, d'une main, caresse un bébé alors que de l'autre, elle lui vole ses bonbons. Cette métaphore cynique permet de bien saisir la principale réserve émise quant à l'efficacité de ce nouveau mode de vie en tant qu'outil de développement durable : comment justifier que les habitants des pays industrialisés, grands responsables de la surconsommation et de la dégradation de l'environnement, puissent également être les citoyens les plus «verts» et les champions en matière de réduction des impacts environnementaux découlant des activités de consommation³⁷?

33. «To achieve any goal of sustainable development, rich Northern consumers will have to reduce their consumption of the earth's resources.» : Y. Gabriel et T. Lang, *supra* note 27 à la p. 183.

34. C. Villeneuve, *supra* note 8; Voir aussi : F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 174-175; a K. McClure, «Environmental marketing : a call for legislative action» (1995) *Santa Clara Law Review* 1351..

35. *Supra* à la p. 6.

36. J. Marchand, «Le marketing environnemental» dans R. Brûlotte, dir., *Environnement, Économie et entreprise*, Sainte-Foy, Télé-Université, 1995, 303 à la p. 305.

37. W. Coddington, *Environmental marketing : positive strategies for Reaching the Green Consumer*, Washington, McGraw-Hill, 1993 aux pp. 79-85; *ibid.* aux pp. 305-309.

Il s'agit en fait d'une belle illustration de ce qu'on appelle le «paradoxe du développement technologique»³⁸. Titulaires d'un niveau d'éducation plus élevé, d'un accès plus grand et plus facile à de l'information spécialisée concernant la question environnementale ainsi que d'un pouvoir d'achat moyen plus élevé que les habitants du reste du globe, les consommateurs provenant des pays industrialisés sont ainsi les plus susceptibles, en adoptant des attitudes de consommation «plus écologiques», de produire un impact substantiel sur la préservation des ressources naturelles et le ralentissement de la dégradation de celles-ci. Ainsi, non seulement le choix de valoriser la consommation écologique au Canada permettrait de franchir une première étape vers la réduction du rythme de consommation des citoyens canadiens³⁹, mais elle produirait aussi un impact tangible, à court terme, en tant que mesure de mise en œuvre du développement durable⁴⁰.

Statistiquement parlant, une proportion non négligeable des habitants des pays industrialisés affirment faire partie, à un degré plus ou moins important, du groupe des éco-consommateurs⁴¹. Au Canada, les auteurs Daniel Normandin et Sophie Lavallée nous apprennent que, selon une étude réalisée par *Statistiques Canada* en 1992, plus de 65% des consommateurs canadiens affirmaient se soucier des impacts environnementaux reliés à leurs habitudes d'achat de produits et services⁴². Plus tard, en 1996, un collectif d'auteurs spécialisés en

38. «L'industrie cause des dommages écologiques, mais offre également le principal moyen de les réparer.» : F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 162.

39. A. Gesser, *supra* note 19 à la p. 515.

40. «Le fait d'encourager les consommateurs à acheter des produits moins nuisibles devrait permettre de réduire l'incidence sur l'environnement dans l'ensemble. C'est, d'ailleurs, le plus important avantage des programmes d'étiquetage.» : OCDE, *L'étiquetage écologique des produits dans les pays de l'OCDE*, Paris, OCDE, 1991 à la p. 13. Voir aussi : DIVISION DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Action 21*, en ligne : <<http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>> (page consultée le 6 août 2004).

41. F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 172-174; A. Comolet, «Toujours plus verts!» (1995) 16 Écodécision 42; OCDE, *supra* note 40 aux pp. 11-12; J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 310; GEN, *The Ecolabelling Guide: A Guide to Ecolabelling Around the World*, Ottawa, GEN, 1999 à la p. 26.

42. S. Lavallée et D. Normandin, «La gestion du cycle de vie des produits et services comme outil de développement durable : concepts de base, applications et incidence sur l'étiquetage et le droit de l'environnement» dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville,

matière de consommation, et dirigé par Carole P. Duhaime, publiait les informations suivantes :

Lorsque les chercheurs et les enquêteurs leur demandent s'ils sont prêts à agir de manière à protéger l'environnement, une grande majorité des Canadiens répondent qu'ils sont prêts à : modifier leur style de vie (86%), utiliser les bacs à recyclage (68%), acheter du papier non blanchi (94%), payer 10% de plus pour des produits «verts» vendus en épicerie (75%) et 5 cents de plus par litre pour de l'essence moins polluante (71%), retourner les contenants (54%), et payer 250 \$ par année pour le traitement des eaux usées (58%).

[...]

Des études montrent que certains consommateurs canadiens se comportent d'une manière bénéfique pour l'environnement : ils évitent d'acheter des produits suremballés (64%) et le polystyrène (63%); ils séparent leurs déchets par catégories (52%); ils font du covoiturage, utilisent une bicyclette, prennent les transports en commun ou marchent (37%); ils n'achètent plus de produits en plastique jetables (33%) et du thon (10%). De plus, le nombre de programmes de recyclage augmente et la participation des consommateurs à ces programmes semble être largement répandue...⁴³

L'énoncé de telles statistiques devrait nous permettre d'affirmer que le principe de l'éco-consommation est très bien implanté dans les mœurs canadiennes. Tel n'est cependant pas le cas. En effet, cette «profession de foi» des citoyens canadiens aux bienfaits de la consommation écologique n'a pas trouvé de résonance conséquente sur les marchés, où les résultats, contrairement à certains pays européens⁴⁴, se sont montrés décevants eu égard aux sondages⁴⁵.

Yvon Blais, 2003 à la p. 287. Aussi : CCE, *supra* note 33 à la p. 4; A. Gesser, *supra* note 19 à la p. 507.

43. C. P. Duhaime et autres, *supra* note 12 aux pp. 566-567. Voir aussi : J. Marchand, *supra* note 36 aux pp. 307 et 309.

44. CCE, *supra* note 16 à la p. 5.

45. L. Draetta, *supra* note 21 à la p. 80. Voir aussi E. Zaccà, *Le développement durable : dynamique et constitution d'un projet*, Bruxelles, Presses interuniversitaires Européennes, 2002 aux pp. 325 à 329; CCE, *supra* note 16 à la p. 3.

Cet état de fait nous place devant une situation pour le moins inusitée : bien que l'existence des éco-consommateurs canadiens ait été démontrée, plusieurs d'entre eux, pour une raison ou une autre, ne passent pas – ou plus – de la parole aux actes.

S'étant penchée sur le problème dans une étude publiée en 1999, la Commission de coopération environnementale⁴⁶ (CCE) exclut que l'explication puisse provenir d'une différence entre les niveaux de préoccupation écologique des citoyens européens et nord-américains, jugeant plutôt que : «l'explication la plus évidente réside dans des différences dans la démarche, la conception, la commercialisation, le rôle des organismes gouvernementaux et autres aspects du fonctionnement des programmes d'écoétiquetage»⁴⁷. À l'instar de la CCE, c'est sans remettre en question l'existence d'un marché vert en Amérique du Nord et au Canada que nous aborderons la section portant sur les causes potentielles de l'inactivité des consommateurs écologiques canadiens.

1.2. Les éco-consommateurs et la publicité écologique : en quête de repères.

Les camions roulent à l'essence sans plomb? Les bureaux ont été isolés pour économiser l'énergie? Les serviettes en papier sont à base de papier recyclé? Formidable. Appelez les rédacteurs et réfléchissez à un slogan. Ou dessinez tout simplement un lapin ou un arbre sur le paquet, certains clients saisiront le message.⁴⁸

Bien que cet extrait témoigne fort bien du type de préjugés qui sévit actuellement à leur encontre, les initiatives de «publicité écologique» et de «marketing vert» ne devraient pas, nécessairement, susciter les implications négatives qu'on leur attribue presque automatiquement de nos jours⁴⁹. Julie

46. CCE, *Qui sommes-nous?*, en ligne : <http://www.cec.org/who_we_are/index.cfm?varlan=francais> (page consultée le 6 août 2004).

47. CCE, *supra* note 16 à la p. 5.

48. F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 178.

49. Pour les besoins du présent article, nous définirons les expressions «publicité écologique», «publicité verte» ou «marketing vert» comme tout acte par lequel, indépendamment du degré de crédibilité qui peut lui être associé, une personne ou un groupe de personnes vise à faire valoir qu'un produit ou un service présente certaines caractéristiques qui permettent de

Marchand, professeure de marketing à la Faculté des sciences de l'administration de l'Université Laval, considère en effet qu'il existe deux approches en matière de publicité verte, soit : (1) le fait de «teinter en vert» les produits ou services sans pour autant les rendre - ou s'assurer qu'ils sont - écologiques⁵⁰ et (2) le fait, pour une entreprise qui décide de vanter les mérites écologiques de ses produits ou services, de modifier ses méthodes et d'adopter une nouvelle optique visant la protection de l'environnement et l'éducation des consommateurs à ce sujet⁵¹. Ainsi, malgré le fait que la justification du procédé soit toujours reliée à un intérêt mercantile, les résultats, du point de vue de la protection de l'environnement, sont diamétralement opposés.

En ce sens, lorsqu'elle constitue un facteur influant sur un acte de consommation, une stratégie consciencieuse de marketing vert pourra permettre aux éco-consommateurs de réduire concrètement certains impacts environnementaux reliés à leurs activités quotidiennes. À l'opposé, une campagne publicitaire à teneur écologique n'ayant pas d'assises réelles au sein de l'entreprise émettrice ne parviendra qu'à flouer les consommateurs écologiques sans produire, dans le meilleur des cas⁵², aucun impact bénéfique pour l'environnement.

Comme il semble clair que toute forme de publicité écologique n'est pas fondamentalement destinée à tromper les consommateurs⁵³, il est intrigant de

justifier son caractère «préférable pour l'environnement».

50. C'est ce que François Tanguay qualifie de «maquillage vert» : F. Tanguay, *supra* note 11 à la p. 35. En anglais, il semble que l'expression retenue pour désigner ce type de pratique soit «greenwash» : G. Johnson, *Don't be fooled : The ten worst greenwashers of 2003*, Boston, Green life, 2004 à la p.1; D. Hoch et R. Franz, «Eco-porn versus the Constitution : Commercial Speech and the Regulation of Environmental Advertising» (1995) 58 Albany Law Review 441.
51. Ces deux types d'approches en matière de marketing vert sont tirées de : J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 303.
52. Il fut démontré que certaines entreprises s'affichant comme «plus respectueuses de l'environnement» offrent parfois des produits plus nocifs pour l'environnement que les concurrents. Voir à ce propos : M.-C. Lahaye, *supra* note 31 aux pp. 60-61.
53. Certains auteurs considèrent même que la majorité des affirmations publicitaires à teneur environnementale sont faites de bonne foi : W. Coddington, *supra* note 37 à la p. 101; J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 303.

se demander pourquoi la perception de ceux-ci est aussi mauvaise à ce sujet⁵⁴. De toutes les théories élaborées pour répondre à cette question, notre avis est que deux se détachent nettement du lot et méritent notre attention, soit : (A) la mise en lumière de nombreuses tentatives de «maquillage vert» par certaines entreprises et (B) la difficulté de trouver, à l'intérieur de la multitude de déclarations de préférence environnementale actuellement sur le marché, des garanties fiables permettant de savoir qu'une «publicité verte» désigne bien un produit moins dommageable pour l'environnement et ne constitue pas une forme d'altération de la vérité.

1.2.1. Les différents cas répertoriés de «maquillage vert»

En premier lieu, il semble que la dénonciation publique de différents cas de «maquillage vert» ait porté, à elle seule, un dur coup à la crédibilité de la publicité écologique en général⁵⁵. Pour une entreprise désireuse d'attirer les éco-consommateurs sans pour autant changer ses façons de faire, il existe plusieurs façons, pour reprendre l'expression utilisée par la professeure Julie Marchand, d'afficher sa «cravate verte»⁵⁶. Dans son article intitulé *Maquillage vert ou développement durable : l'entreprise relèvera-t-elle le défi?*, François Tanguay, alors directeur de *Greenpeace* Québec, nous fournit trois exemples de cas où il fut prouvé qu'une entreprise qui s'affichait, à grands renforts de slogans publicitaires de toutes sortes, comme «verte» ne pouvait pas justifier ses déclarations de préférence environnementale⁵⁷.

Toujours en matière de maquillage vert, un autre type de stratégie visant la manipulation des consommateurs écologiques a été utilisé. S'appuyant sur l'ignorance factuelle des citoyens ordinaires - aussi sensibilisés à la cause de

-
54. «Les consommateurs ont également déclaré qu'ils faisaient moins confiance à la quasi-totalité des sources d'information sur l'environnement.»: OCDE, *Vers une consommation durable des ménages?: tendances et politiques dans les pays de l'OCDE*, Paris, OCDE, 2002 à la p. 110. Voir aussi: W. Coddington, *supra* note 37 aux pp. 94-96; E. Zaccai, *supra* note 45 à la p. 306; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 aux pp. 442-443.
55. W. Coddington, *supra* note 37 à la p. 95. Voir aussi : OCDE, *supra* note 54 aux pp. 109-110.
56. J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 303.
57. F. Tanguay, *supra* note 11 aux pp. 36-40. Voir aussi : G. Johnson, *supra* note 50 aux pp. 2-23; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 à la p. 442.

l'environnement qu'ils puissent être - quant aux exigences nécessaires à la formulation d'une déclaration de préférence environnementale consciencieuse et effective⁵⁸, plusieurs entreprises décidèrent de se concentrer sur la recherche d'arguments qui pourraient leur permettre d'affirmer que leurs activités étaient déjà, sans avoir à changer quoi que ce soit, qualifiables de «respectueuses de l'environnement»⁵⁹.

Cette seconde orientation, fondée sur la justification plutôt que sur l'amélioration continue, a donné lieu à deux genres de publicité verte, soit : (1) une publicité fondée sur le fait que le produit ou service concerné ne contient ou n'utilise pas un certain type de substance, reconnue comme nuisible pour l'environnement, alors qu'il se trouve que, dans la pratique, cette dite substance n'est jamais utilisée dans le processus de production⁶⁰ et (2) une publicité fondée sur l'utilisation de termes généraux et flous tels que «biodégradable», «recyclable», «meilleur pour l'environnement» ou «environmentally friendly»⁶¹. À ce sujet, les propos de l'auteur américain Walter Coddington, président d'une importante compagnie de management environnemental, sont particulièrement éclairants :

The fact that both of these statements are true does not make the claim any more appropriate. Many environmental claims are problematic not because they are false, but because they are either trivial or irrelevant. It may be nice to know that a product wasn't bred in a nuclear reactor, but that doesn't make the information particularly relevant to the buy decision.

58. F. Cairncross, *supra* note 9 à la p. 176.

59. «The impossibility of verifying environmental claims creates incentives for producers to supply misinformation; the necessity of independent pre-purchase claims therefore, is increasing in urgency and importance». D. S. Cohen, «The regulation of green advertising : The State, the market and the environmental good» (1991) 25 U.B.C.L.Rev. 225 à la p. 240.

60. F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 179-180.

61. «... il n'y a aucun crédit à accorder à des déclarations aussi vagues que "respecte l'environnement", "amical pour l'environnement", "écologique", "non polluant", etc. Leur foisonnement actuel nuit à l'ensemble des *auto-déclarations*, en masquant celles qui sont précises et fiables» : N. Boeglin et P. Wetterwald, *Autodéclarations : la promotion environnementale des produits*, Paris, AFNOR, 2001 aux pp. 15-16. Voir aussi : D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 241.

Absurd as it is, the nuclear-free claim tells us something important about the nature of many environmental claims. They were not intended to give hard information so much as to convey warm, fuzzy, feel-good messages that would in effect coddle consumers into buying the product in question.⁶²

Ces différents cas de maquillage vert ne seraient toutefois pas les seuls responsables des difficultés constatées au niveau de la perception que semble avoir le public de la publicité écologique en général.

1.2.2. La publicité écologique : un bien d'expert

Le second problème d'envergure qui concerne le marketing vert au sens large découle principalement du fait que la véracité de son contenu ne peut être vérifiée par un consommateur écologique qui n'est pas un expert en matière d'évaluation des impacts environnementaux associés à la production d'un bien ou à la fourniture d'un service⁶³. Conséquence directe de cet état de fait, les éco-consommateurs, pour qu'ils puissent se sentir en confiance face à une déclaration écologique, auront des exigences beaucoup plus élevées à propos des garanties d'indépendance et de crédibilité qu'ils ne pourraient en avoir pour une publicité concernant la qualité ou l'utilité d'un produit⁶⁴. Deux facteurs semblent d'ailleurs leur donner raison.

Tout d'abord, il semble que les consommateurs écologiques trouvent assez difficile de s'en remettre exclusivement à la bonne volonté des entreprises, ou de se contenter de l'adoption de différents codes de conduite privés, pour s'assurer que les initiatives de publicité environnementales actuellement sur le marché sont valables et effectives du point de vue de la réduction des impacts

62. W. Coddington, *supra* note 37 à la p. 101.

63. «... la qualité environnementale d'un produit est une forme de bien d'expert que le consommateur ne peut pas évaluer, même s'il est pleinement informé des pollutions unitaires émises par ce produit.» : A. Nadaï, *supra* note 18 à la p. 16.

64. D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 240. Voir aussi : N. Boeglin, «Analyse du cycle de vie : La promotion de la qualité écologique des produits et les écolabels» (1998) 7 *Traité de génie industriel* G6250, G6250-5.

environnementaux⁶⁵. Défendant cette position, Marie-Christine LaHaye illustre les difficultés inhérentes à l'auto-attribution de mérites écologiques par l'exemple de la pile *Green power*, vantée comme une «pile propre» sans qu'aucun test indépendant n'ait été réalisé pour le vérifier, avant d'exprimer que, selon elle : «les labels maisons n'offrent aucune garantie digne de foi»⁶⁶.

Avant de poursuivre, il apparaît important de préciser que les propos de l'auteure LaHaye ne doivent pas nous amener à croire que les entreprises sont les seules responsables de la mauvaise réputation des «labels maisons» et du scepticisme des consommateurs à leur égard. Il serait en effet mal venu de ne pas souligner les répercussions négatives attribuables au faible niveau de considérations éthiques affiché par l'industrie de la publicité à propos du contenu des publicités vertes. En ce sens, cet extrait d'une entrevue réalisée avec le publicitaire québécois Jacques Duval, président de la compagnie de communications *Marketel*, parle de lui-même :

Q. Si votre bureau de Beijing recevait la commande de préparer une publicité pour vendre des réfrigérateurs au fréon (gaz qui cause des dommages à la couche d'ozone), refuseriez-vous de le faire en sachant qu'il est possible d'en produire sans fréon?

DUVAL : Si les autorités locales acceptent en principe la vente de ces produits, ce n'est pas à nous de prôner la vertu ou des alternatives au gouvernement chinois. [...] Nous n'avons pas de code éthique pour la santé ou pour l'environnement. C'est la responsabilité du législateur.⁶⁷

65. «... we ought to be cautious before we completely trust markets to act as our most appropriate regulatory instruments for generating environmental benefits.» : D. S. Cohen, *supra* note 60 à la p. 231. Voir aussi : J.-C. Panisset, D. Bégin et M. Gérin, «La prévention de la pollution : un avantage concurrentiel pour l'entreprise d'aujourd'hui» dans C. Gendron et M. Provost, *supra* note 11, 47 à la p. 51. Voir aussi : N. L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000 aux pp. 277 et 306.

66. M.-C. La Haye, *supra* note 31 à la p. 62. A. Herrup, «Eco-labels : Benefits Uncertain, Impacts Unclear?» (Mai 1999) 8 *European Environmental Law Review* 144 à la p. 145.

67. ÉCODÉCISION, «Publicité, consommation et environnement : une entrevue avec le publicitaire Jacques Duval», (printemps 1995) 16 *Écodécision* 57 à la p. 59. À propos des faiblesses éthiques affichées par le secteur de la publicité concernant le contenu des initiatives de marketing vert, certains passages de l'article de la professeure Julie Marchand semblent d'ailleurs conforter cette affirmation du publicitaire Jacques Duval : J. Marchand, *supra* note 36 aux pp. 310-325.

Outre les difficultés relatives à la crainte raisonnable de partialité lorsque les déclarations écologiques émanent directement des producteurs du produit ou service concerné⁶⁸, le second facteur qui justifie la nécessité d'un degré d'indépendance et de crédibilité plus élevé en matière de publicité écologique tient à la complexité inhérente à la production d'une publicité verte consciencieuse. C'est que la nécessité d'une certaine expertise en matière d'évaluation environnementale touche autant le récepteur de la publicité que son concepteur. Ainsi, même lorsqu'elles agissent de bonne foi, les entreprises qui décident de produire seules une publicité à teneur environnementale sont susceptibles d'induire les éco-consommateurs en erreur sur la qualité environnementale de leur produit ou service⁶⁹.

Ainsi, l'analyse de ces deux pistes générales de solution visant à élucider la problématique de la faible considération du public pour la publicité écologique en général nous permet de constater l'existence d'un point commun très important. En effet, tant la publicité négative ayant découlé des différents cas répertoriés de «maquillage vert» que la sur-simplification des très nombreux facteurs sous-jacents à la production d'une publicité écologique efficace nous mènent sur la piste de déficiences au niveau de la qualité de l'information fournie aux consommateurs qui désirent procéder à des achats verts. Comme le rapportait l'OCDE dans un rapport daté de 2000 : «Une des difficultés majeures rencontrées à tous les niveaux d'achat est le manque d'informations disponibles et fiables sur les caractéristiques environnementales des produits et services. En

68. «... the many claims and labels also threatened to confuse consumers. Without guiding standards and investigation by an independent third party, consumers could not be certain that the companies' assertions guaranteed that each labelled product or service was an environmentally preferable alternative» : GEN, *The Ecolabelling Guide: A Guide to Ecolabelling Around the World*, Ottawa, GEN, 1999 à la p. 3.

69. D. S. Cohen, professeur à la faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique, nous fournit plusieurs exemples de cas où, sans que l'entreprise émettrice n'agisse dans cette optique, les consommateurs écologiques peuvent être induits en erreur sur la performance écologique des produits ou services touchés par une publicité écologique : D. S. Cohen, *supra* note 59 aux pp. 242-246. Voir aussi : F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 180-183; M. J. Polonsky et autres, *supra* note 20 aux pp. 285-286.

fait, ce manque d'informations est parfois considéré comme le principal obstacle aux initiatives d'achats plus verts...»⁷⁰

Submergé par des déclarations écologiques de toutes sortes, le consommateur écologique ne sait plus trop bien à quels saints se vouer lorsque vient le temps d'évaluer si l'information qu'on lui fournit est digne d'intérêt ou non⁷¹. Comment faire pour identifier les étiquettes, slogans ou logos crédibles de ceux qui le sont moins ou pas du tout? Cette situation nous pousse à interroger, selon une perspective québécoise, le cadre normatif canadien applicable aux différentes formes de publicité verte afin de vérifier si les actuelles ressources normatives visant à assurer la qualité des déclarations écologiques sont suffisantes pour assurer la protection des consommateurs écologiques et favoriser l'achat de produits et services verts au Canada.

Deuxième partie : L'encadrement normatif de la publicité écologique en droit canadien

Dissertant sur les responsabilités des États en matière de contrôle du contenu publicitaire au sens large, le professeur Paul Nihoul, titulaire de la Chaire Jean Monnet sur la société européenne de l'information à l'Université de Groningue aux Pays-Bas, écrit :

Pour protéger le consommateur avant sa prise de décision, le législateur doit assurer une certaine qualité de l'information. La décision du consommateur doit être prise en connaissance de tous les éléments essentiels grâce à une information objective, totale et loyale. Assurer une information de qualité, c'est non seulement prescrire une information suffisante, mais également lutter contre tout ce qui, dans

70. OCDE, *Marchés publics et environnement : problèmes et solutions pratiques*, Paris, OCDE, 2000 à la p. 65. Voir aussi : M. J. Polonsky et autres, *supra* note 20 à la p. 281.

71. En 1998, l'OCDE a évalué que : «globalement, l'éco-étiquetage n'a pas eu d'influence sensible sur les décisions d'achat des consommateurs» : OCDE, *supra* note 7 à la p. 43. Voir aussi : M. F. Teisl, B. Roe et A. S. LEVY, «Ecolabeling : What Does Consumer Science Tell Us about which Strategies Work?» dans W. Lockeretz, dir., *Ecolabelling and the greening of the food market*, Boston, Université de Tufts, mars 2003, 141 aux p. 148 et 149.

l'information fournie par le commerçant ou le fabricant, peut se révéler trompeur.⁷²

Poursuivant sur sa lancée, le professeur Nihoul nous apprend également que, d'une manière générale, les objectifs sous-jacents à la prohibition de la publicité fausse et trompeuse sont de deux ordres, à savoir : (1) la protection du consommateur et (2) la protection des concurrents⁷³. Ainsi, bien que ce n'ait pas toujours été le cas⁷⁴, l'existence d'un lien étroit entre les domaines de la concurrence et de la consommation est aujourd'hui reconnue⁷⁵. Il ne sera donc pas surprenant pour le lecteur de constater que la grande majorité des textes réglementaires et normatifs invocables en matière de publicité écologique au Canada sont directement rattachés à ces deux branches du droit.

En combinant les objectifs généraux énoncés par le professeur Nihoul aux besoins spécifiques concernant la validité des déclarations écologiques et l'incidente mise en oeuvre du développement durable⁷⁶, le cadre normatif canadien devrait, minimalement, permettre l'atteinte de deux objectifs interdépendants, soit : (1) empêcher la production de déclarations écologiques non - ou mal - appuyées et (2) permettre aux consommateurs écologiques de s'assurer du bien-fondé des informations qu'on leur fournit⁷⁷. Nous analyserons donc les normes générales, canadiennes et québécoises, visant l'interdiction des

72. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 275. Voir aussi : R. Larabie-Lesieur, «La publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales sous le régime de la Loi sur la concurrence», dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 1 à la p. 3.

73. P. Nihoul, *La concurrence et le droit*, Colombelles, EMS, 2001 à la p. 14.

74. Pour ne citer que l'exemple canadien, l'auteure Nicole L'Heureux nous apprend en effet que : «La Loi sur la concurrence, édictée en premier lieu pour assurer la préservation d'un marché concurrentiel, s'était vu reconnaître postérieurement une finalité sociale par les tribunaux» : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 307.

75. P. Nihoul, *supra* note 73 aux pp. 307-308.

76. Il importe en effet de garder à l'esprit l'extrême importance qu'on doit accorder à l'obtention d'une information crédible et fiable sur le niveau de «préférence environnementale» des produits et services offerts sur le marché pour qu'un acte de consommation écologique puisse produire des effets bénéfiques concrets. En ce sens : OCDE, *supra* note 54 à la p. 111.

77. Comme l'écrivait l'ancien directeur de *Greenpeace* Québec, monsieur François Tanguay : «Ne faites pas que dire que vous êtes verts, prouvez-le!» : F. Tanguay, *supra* note 11 à la p. 36.

déclarations publicitaires fausses ou trompeuses - et dont les origines remontent aujourd'hui à plusieurs décennies⁷⁸ - afin d'éprouver leur adaptabilité au niveau de qualité nécessaire à la protection des éco-consommateurs canadiens⁷⁹.

2.1. État du droit fédéral sur la question de la publicité écologique

Le cadre normatif canadien met actuellement à la disposition des consommateurs floués par une pratique publicitaire déloyale un certain nombre de recours, tant publics que privés, à propos desquels les auteurs Brian R. Fraser et David M. W. Young, spécialistes en matière de droit canadien de la concurrence, dressent une liste exhaustive⁸⁰.

En matière d'auto-réglementation du secteur de la publicité au Canada, le *Code canadien des normes de la publicité*⁸¹ [ci-après le *Code canadien*] constitue le principal outil à la disposition des consommateurs canadiens constatant, à leurs dépens ou non⁸², l'existence d'une déclaration publicitaire vexatoire. Ce texte normatif leur permet en effet de déposer une plainte aux *Normes canadiennes de la publicité*, un regroupement privé d'entreprises oeuvrant dans le domaine publicitaire⁸³. Par la suite, la plainte déposée fera l'objet d'un examen⁸⁴ qui pourra, advenant qu'une violation au *Code canadien* soit admise ou démontrée, déboucher sur la modification ou le retrait de la déclaration publicitaire concernée⁸⁵.

78. R. Larabie-Lesieur, *supra* note 72 à la p. 3. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *Canadian Advertising & Marketing Law*, Toronto, Carswell, 2003 à la p.1-5.

79. Compte tenu de leur portée nationale, nous commencerons par l'analyse des normes fédérales avant de nous attarder aux dispositions applicables sur le seul territoire québécois.

80. B. R. Fraser et D. M.W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-120 et s.

81. NCP, *supra* note 26.

82. *Ibid.* aux pp. 10-11.

83. NCP, À *propos de NCP*, en ligne : <<http://www.adstandards.com/fr/ASCResources/index.asp>> (page consultée le 6 août 2004).

84. NCP, *supra* note 26 aux pp. 11-15.

85. «Si un conseil parvient à la conclusion qu'une publicité contrevient au Code, l'annonceur en est prévenu, alors que le plaignant reçoit une copie de la décision communiquée à l'annonceur. L'annonceur est invité à modifier sa publicité ou à la retirer. Dans l'un comme dans l'autre cas, cela se fera dans les meilleurs délais raisonnables.» : *ibid.* à la p. 13. Il est ici intéressant de noter que le *Code canadien* ne prévoit l'imposition d'aucune amende, pénalité ou autre forme similaire de sanction dans le cas d'une infraction à l'une de ses dispositions.

En ce qui a trait au domaine public, plusieurs lois fédérales comprennent des dispositions générales visant à prohiber la publicité fausse et trompeuse⁸⁶. Toutefois, seule la *Loi sur la concurrence*⁸⁷ [ci-après la *L. c.*] peut être invoquée de façon réaliste en matière de publicité écologique⁸⁸. Principal texte législatif en matière de contrôle des déclarations publicitaires de toutes sortes⁸⁹, cette

86. *Supra* note 23.

87. *Supra* note 24.

88. En effet, compte tenu de la portée très large des dispositions de la *L. c.* en matière de publicité fausse et trompeuse et de la nature des litiges juridiques potentiels pouvant concerner la véracité d'une déclaration écologique, il serait illogique de procéder par le biais d'une disposition provenant d'une loi particulière. Pour illustrer cet état de fait, nous nous arrêterons à l'analyse de l'article 7 de la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, *supra* note 23 :

«7. (1) Le fournisseur ne peut apposer sur un produit un étiquetage qui contient de l'information fausse ou trompeuse se rapportant au produit -- ou pouvant raisonnablement donner cette impression --, ni vendre, importer ou annoncer un produit ainsi étiqueté.

(2) Pour l'application du présent article et relativement à un produit préemballé, «information fausse ou trompeuse» s'entend notamment :

a) des indications comportant des expressions, mots, chiffres, descriptions ou symboles employés, disposés ou présentés de telle manière qu'elles semblent qualifier sa quantité nette déclarée ou risquent d'induire un consommateur en erreur quant à celle-ci;

b) des expressions, mots, chiffres, descriptions ou symboles qui laissent croire, ou peuvent raisonnablement être jugés de nature à le faire, qu'il contient une matière qui en est absente -- ou inversement;

c) de toute description ou illustration de ses genre, qualité, tenue à l'usage, fonction, origine ou mode de fabrication ou de production qui peut raisonnablement être jugée de nature à tromper sur l'objet de la description ou de l'illustration.»

Le lecteur sera donc à même de constater que, bien que le libellé du premier alinéa semble indiquer l'application générale de l'article - ce qui impliquerait un recoupage des dispositions de la *L. c.* -, les alinéas subséquents permettent de justifier l'adoption de cette disposition dans le cadre de la loi (ici, on comprend que l'introduction de cette disposition vise principalement à faciliter les recours relatifs à la juste correspondance entre le contenu réel d'un produit particulier - quantité, poids, éléments de fabrication, etc. - et celui qui est annoncé). Voir à ce sujet : B.R. Fraser et D.M. Young, *supra* note 78 à la p. 6-9; N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 280-284.

89. «La *Loi sur la concurrence* est le principal texte législatif qui vise tous les genres de représentations faites au public à des fins commerciales.» : R. Larabie-Lesieur, *supra* note 72 à la p. 3. Voir aussi : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *Canadian Competition Law*, vol. 1, Toronto, Carswell, 2002 à la p. 5-4.

dernière relève du ministère fédéral de l'Industrie⁹⁰ et est gérée par le *Commissaire de la concurrence*⁹¹, directeur du *Bureau de la concurrence*⁹².

Les dispositions relatives à la publicité fausse ou trompeuse de la *L.c.* ont fait l'objet d'une modification majeure en 1999⁹³. En effet, en adoptant la *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquences*⁹⁴, le législateur fédéral s'est trouvé à remodeler son régime d'infraction à deux égards, soit : (1) par le rajout, avec l'intégration de la partie «VII.1 : Pratiques commerciales trompeuses»⁹⁵, d'une série d'infractions de nature civile et (2) par le renforcement des critères d'accès à l'infraction criminelle déjà sanctionnée par l'article 52 (1) de la Loi⁹⁶.

Bien que ne comportant aucune disposition spécifique à la publicité écologique en tant que telle, la portée très large des articles de la *L.c.* visant à interdire la publicité fausse ou trompeuse en général permet d'inclure les différentes formes de déclarations écologiques. En ce sens :

Tout genre d'indication est susceptible de constituer une infraction, quels qu'en soient la forme ou le support [...]. Un signe, un dessin ou une illustration, même si aucun mot n'est utilisé, peuvent constituer une infraction. Il peut même s'agir d'une omission de mentionner un aspect important. L'indication peut paraître sur l'emballage, sur un écriteau, ou être faite par écrit, publiée ou diffusée, mais il n'est pas nécessaire que l'indication ait été publiée dans un journal ou dans un autre organe d'information.⁹⁷

90. INDUSTRIE CANADA, *Lois*, en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/ICPages/Lois>> (page consultée le 6 août 2004).

91. *L. c.*, *supra* note 24, art. 7 (1) a).

92. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-5.

93. STIKEMAN ELLIOTT, *Competition Act and Commentary*, Markham, Lexis-Nexis, 2003 à la p. 63.

94. L.C. 1999, c. 2.

95. *Ibid.*, art. 22.

96. *Ibid.*, art. 12 (1). Voir aussi : STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 aux pp. 63-64.

97. N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 309-310. Voir aussi : B.R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-73 et s.

Ainsi, considérant la nature particulière des affirmations quant à la préférence environnementale des produits ou services⁹⁸ et le fait que le *Code canadien des normes de la publicité* exclut, depuis 1999, toute forme d'étiquetage de son champ d'application⁹⁹, trois angles d'approche demeurent accessibles pour tenter un recours concernant une déclaration écologique fausse ou trompeuse, lesquels correspondent aux articles 52(1), 74.01 (1) a) et 74.01 (1) b)¹⁰⁰. Ces dispositions se lisent ainsi :

98. La seule entité qui subira un préjudice direct découlant de la publication d'une déclaration écologique fausse ou trompeuse est l'environnement en tant que tel. Les éco-consommateurs ne peuvent se réclamer que d'un préjudice indirect relié au fait de n'avoir pu contribuer à la réduction des pressions environnementales ou plus simplement à celui d'être victime de la dégradation de l'environnement. Cet état de fait a principalement pour effet de rendre inapplicable le recours potentiel des consommateurs écologiques en vertu de l'article 36 de la *L. c.*, *supra* note 24, qui se lit ainsi : «**36. (1)** Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

[...]

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.» Ainsi, compte tenu que l'état actuel de la jurisprudence interprète l'expression : «une perte ou des dommages» comme devant être liés directement à la personne impliquée (voir à ce propos : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-131), les pratiques déloyales de publicité verte se trouvent, par nature, exclues.

99. «ANNEXE A

LA LISTE DES MÉDIAS EXEMPTÉS DE L'APPLICATION DU CODE

Les médias suivants sont, à compter de la date inscrite ci-dessous, exemptés de la définition de «média» et l'application du Code :

[...]

ii) un emballage, du papier d'emballage et des étiquettes.

Le 1^{er} mai 1999 et confirmée en mai 2004 : NCP, *supra* note 26 à la p. 9.

100. «**Claims for environmental friendliness**, increasingly ubiquitous in current advertising, will often constitute performance claims subject to scrutiny under paragraph 74.01(1) (b). Although such claims would likely also be subject to the general prohibitions against misleading advertising found in subsection 52(1) and paragraph 74.01(1) (a), environment-related claims that constitute representations as to the performance, efficacy or length of life of a product must comply with the requirements of paragraph 74.01 (1) (b) for adequate and proper test.» : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p.1-73.

PARTIE VI : INFRACTIONS RELATIVES À LA CONCURRENCE

[...]

Indications fausses ou trompeuses

52. (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

[...]

PARTIE VII.1 : PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

Comportement susceptible d'examen

74.01 (1) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

- a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important;
- b) ou bien, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;¹⁰¹

Compte tenu de la nature des pouvoirs qui lui ont été attribués par la *L.c.*, l'analyse des modalités relatives à la réussite d'un recours intenté sous l'égide de l'un de ces trois alinéas impliquait nécessairement l'examen préalable du rôle - et des outils - du *Commissaire de la concurrence* dans le contrôle des déclarations écologiques fausses ou trompeuses. Nous reviendrons aux

101. *L. c.*, *supra* note 24.

exigences jurisprudentielles propres à chaque disposition une fois ce tour d'horizon complété.

2.1.1. Publicité écologique et Bureau de la concurrence : le rôle du Commissaire de la concurrence

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le *Commissaire de la concurrence* du Canada est le fonctionnaire responsable de l'administration de la *L.c.*¹⁰². De tous les pouvoirs qui lui ont été conférés par sa loi constitutive, son «pouvoir d'enquête» est sans doute le plus intéressant dans le cadre du présent article. Ainsi, l'article 10 prévoit que :

10. (1) Le commissaire fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits :

a) sur demande faite en vertu de l'article 9;

b) chaque fois qu'il a des raisons de croire :

(i) soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en application des articles 32, 33 ou 34, ou des parties VII.1 ou VIII,

(ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,

(iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;

c) chaque fois que le ministre lui ordonne de déterminer au moyen d'une enquête si l'un des faits visés aux sous-alinéas b)(i) à (iii) existe.¹⁰³

102. *Supra* note 91.

103. *L. c.* , *supra* note 24, art. 10.

Un examen plus approfondi d'une déclaration publicitaire d'apparence fausse ou trompeuse sera donc entrepris dans trois cas, à savoir : (1) après un acte discrétionnaire du *Commissaire de la concurrence*¹⁰⁴; (2) dans tous les cas où le *Bureau de la concurrence* du Canada enregistre les plaintes de 6 citoyens différents sur un même sujet¹⁰⁵ et (3) à la demande du ministre de l'Industrie¹⁰⁶. La raison qui justifie l'importance de la responsabilité propre au déclenchement et aux conclusions de cette analyse des faits tient à son caractère «préliminaire». Ainsi, tout dépendant de l'avis du *Commissaire de la concurrence* à la suite de l'enquête menée, celui-ci décidera, à quelques exceptions près¹⁰⁷, du bien-fondé d'intenter ou de ne pas intenter un recours devant les tribunaux.

Comme nous l'apprend la professeure Nicole L'Heureux, s'il est convaincu de la perpétration d'une infraction criminelle en contravention de l'alinéa 52 (1) de la *L.c.* : «[le commissaire] transmet le dossier, avec une recommandation d'engager une poursuite, au procureur général qui porte la plainte devant le tribunal de première instance de la Cour fédérale ou d'une cour

104. *Ibid.*, art. 10 (1) b).

105. *Ibid.*, art. 9 et 10 (1) a).

106. *Ibid.*, art. 10 (1) c).

107. Théoriquement, il existe en effet deux exceptions à la préséance du *Commissaire de la concurrence* en matière de recours sous l'égide de la *L. c.*, *supra* note 24, pour les infractions de nature pénale. Premièrement, l'alinéa 23 (2) prévoit que le Procureur général du Canada peut se saisir d'un dossier impliquant, entre autre, une infraction à l'article 52 (1) s'il le juge à propos. La deuxième exception découle du droit qu'ont les citoyens canadiens d'entreprendre eux-mêmes des poursuites judiciaires à l'encontre de personnes ayant contrevenu à une disposition de droit pénal (voir la définition de «poursuivant» des articles 2 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46 et 9 du *Code de procédure pénale*, L.R.Q. c. C-25.1) et permettrait aux consommateurs de se fonder sur l'article 52 (1) de la *L. c.* pour intenter un recours. Précisons toutefois que cette deuxième possibilité n'a été qu'exceptionnellement utilisée dans le passé et devrait être considérée comme faisant essentiellement partie du domaine des considérations académiques, compte tenu, notamment, des difficultés relatives à l'obtention de l'autorisation de se constituer poursuivant, des coûts impliqués et de la possibilité que les recours entrepris en invoquant ce «droit de poursuite citoyen» puissent, à tout moment, être interrompus par le Procureur général du Canada, en vertu de son pouvoir d'intervention. Au sujet du droit des particuliers de poursuivre au pénal, voir : R. W. Proctor, «Individual Enforcement of Canada's Environmental Protection Laws : The Weak-spirited Need Not Try» (1991) Dal. L.J. 112 aux pp. 112 et 132; L. F. Duncan, «Enforcement and Compliance» dans Elaine L. Hughes et autres, dir., *Environmental Law and Policy*, 2^e éd., Toronto, Emond Montgommery Pub., 1998, 321 aux pp. 354-355.

supérieure d'une province (art. 73)»¹⁰⁸. Même chose dans le cas d'un recours fondé sur la violation d'une disposition de la nouvelle partie VII.1, puisque le premier alinéa de l'article 74.1 exclut qu'un recours puisse être initié par une autre personne que le *Commissaire de la concurrence*¹⁰⁹.

On constate donc que, indépendamment des modifications qui ont été apportées en 1999, le pouvoir de recourir aux dispositions de la *L.c.* dans le cadre d'un litige impliquant une déclaration publicitaire fausse ou trompeuse a été presque exclusivement remis au bon jugement du *Commissaire de la concurrence*. Le caractère purement arbitraire d'une décision administrative n'étant pas toléré en droit public canadien¹¹⁰, ce constat nous amène naturellement à tenter de cerner les limites inhérentes à l'utilisation de ce pouvoir discrétionnaire en matière de publicité écologique et, conséquemment, à l'étude des *Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*¹¹¹ [ci-après les *Principes et lignes directrices*].

2.1.1.1. Principes et lignes directrices sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité

Reconnaissant l'existence de difficultés relatives à l'identification des produits et services verts au sein des marchés canadiens¹¹², et cherchant à orienter et harmoniser les pratiques des membres du Bureau de la concurrence lors de l'examen de déclarations écologiques douteuses¹¹³, Industrie Canada a

108. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 333.

109. «**74.1** (1) Le tribunal qui conclut, à la demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci :» [nos italiques] : *L. c.*, *supra* note 24, art. 74.1. Voir à ce sujet : B.R. Fraser et D. M. W Young, *supra* note 78 à la p. 1-121.

110. P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, Cowansville, Yvon Blais, 2002 aux pp. 211-212.

111. INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26.

112. *Ibid.* à la p. 4.

113. J. Marchand, *supra* note 36 à la p. 325. Il est d'ailleurs à noter qu'un autre objectif important des *Principes et lignes directrices* concerne l'éducation et l'harmonisation des pratiques des entreprises désireuses d'initier une stratégie de marketing vert. Voir à ce propos : BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Représentations concernant l'environnement sur les étiquettes*,

adopté les *Principes et lignes directrices*¹¹⁴ en juillet 1993, améliorant ainsi une première version publiée par Consommation et Corporation Canada en 1991¹¹⁵.

Essentiellement, les *Principes et lignes directrices* comprennent diverses recommandations, d'ordre général¹¹⁶ et spécifique¹¹⁷, dont le respect est

en ligne : <<http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/cp01071f.html>> (page consultée le 6 août 2004); *ibid.* aux pp. 4-5.

114. INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26. Il est à noter que le *Bureau de la concurrence* a proposé, en mai 2001, de retirer les *Principes et lignes directrices* adoptées en 1993 pour ensuite encourager l'utilisation du standard *ISO - 14 021* lors de l'analyse de plaintes portant sur le contenu d'une déclaration écologique. Voir à ce sujet : BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Adoption proposée de nouvelles lignes directrices concernant les déclarations liées à l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*, en ligne : <<http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02206f.html>> (page consultée le 6 août 2004); ISO, «ISO 14 021 : Marquages et déclarations environnementaux – Autodéclarations environnementales (Étiquetage de type II)» dans ISO, *ISO 14 000 : Management environnemental*, 2^e éd., Genève, ISO, 2000, 141 à la p. 151; B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 aux pp. 1-74 à 1-78. Aucune suite ne semble, pour l'instant, avoir été donnée et il semble bien que les *Principes et lignes directrices* soient toujours «applicables» au moment d'écrire ces lignes. Toutefois, compte tenu du caractère tout aussi peu - sinon moins - contraignant de cette proposition du *Bureau de la concurrence* et de la nature du contenu de la norme *ISO -14 021*, il est plausible de croire que, advenant que le gouvernement fédéral décide d'y donner suite, les commentaires faits dans la présente partie de l'article seront applicables.
115. CONSOMMATION ET CORPORATION CANADA, *Principes directeurs sur les représentations concernant l'environnement sur les étiquettes et dans la publicité*, Hull, Consommation et corporation Canada, 1991.
116. Les *Principes et lignes directrices* posent quatre principes directeurs, soit :
«1) Il incombe aux parties qui présentent des allégations reliées à l'environnement de s'assurer que toute allégation et(ou) déclaration est exacte et conforme à la législation pertinente.
2) Il incombe aux consommateurs de bien utiliser, dans la mesure du possible, les renseignements qui leur sont fournis sur les étiquettes et dans la publicité, de manière à accroître leur influence sur le plan commercial.
3) Des allégations et(ou) des renseignements reliés à l'environnement qui sont ambigus, vagues, incomplets, trompeurs ou non pertinents et qui ne peuvent être justifiés par des renseignements plausibles et(ou) des méthodes d'essai ne devraient pas être employés.
4) Il doit être indiqué si les allégations et(ou) les renseignements s'appliquent au produit ou aux matériaux d'emballage.» : INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 6.
117. Les *Principes et lignes directrices* fournissent des conseils relatifs à l'utilisation de différentes catégories de déclarations écologiques fréquemment utilisées, dont notamment : «Contenants ou produits réemployables», «Réduction de matière à la source», «Matières recyclables», «Matières dégradables» et «Matières compostables». Voir à ce propos : *ibid.* aux pp. 7-16.

conseillé dans le but de produire une déclaration écologique consciencieuse et qui, de ce fait, comporte peu de risques de se voir contestée par le *Commissaire de la concurrence* en vertu des dispositions générales prohibant la publicité fausse ou trompeuse au Canada. Pour reprendre une formule consacrée par le document lui-même, ces recommandations «constituent une indication de l'interprétation qu'adopteront les fonctionnaires de Industrie et Sciences Canada lorsqu'ils examineront des allégations en vertu de [...] la *L.c.*»¹¹⁸.

Toutefois, compte tenu du fait que les *Principes et lignes directrices* émanent du gouvernement fédéral sans pour autant pouvoir être considérés comme un texte réglementaire en tant que tel, une question vient à l'esprit : à quel point ce document lie-t-il les fonctionnaires responsables du *Bureau de la concurrence* en matière de publicité écologique?

L'analyse du contenu des *Principes et lignes directrices* nous permet, en utilisant la terminologie établie dans l'ouvrage général de droit administratif des professeurs Pierre Issalys et Denis Lemieux, de qualifier ce texte de «directive indicative»¹¹⁹. Les éléments qui nous permettent d'en venir à cette conclusion tiennent, principalement, à l'emploi du conditionnel et à certaines «mises en garde» incluses par *Industrie Canada*¹²⁰. Confirmant notre propos, les auteurs Fraser et Young écrivent :

While the *Guidelines* lay down a number of general, as well as specific, principles that advertisers are expected to follow in making claims for environmental friendliness, they do not constitute a

118. *Ibid.* à la p. 6.

119. «Les directives seront indicatives ou impératives selon le cas. Alors que les premières se voudront un simple guide à l'exercice de la discrétion et n'exerceront, de fait, aucune contrainte sur l'organisme ou le fonctionnaire concerné, les secondes constitueront des règles obligatoires qui verront à être observées par leur destinataire sous peine de sanctions administratives.» : P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 110 à la p. 139.

120. À cet égard, cet extrait des *Principes et lignes directrices* est particulièrement révélateur : «Il est peu probable que les allégations reliées à l'environnement qui respectent ces directives soulèvent des questions en vertu de la législation. Les positions concernant l'acceptabilité d'allégations ne seront prises qu'à la suite d'un examen approfondi des faits pertinents, et il appartiendra au tribunal responsable de rendre la décision finale concernant l'acceptabilité» : INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 6.

comprehensive code for such claims and furthermore do not have the force of law.¹²¹

Ainsi, bien que représentant la «ligne de conduite» que les fonctionnaires responsables du *Bureau de la concurrence* devraient suivre lors de l'analyse de dossiers impliquant un litige portant sur le contenu d'une déclaration écologique, le respect des *Principes et lignes directrices* n'est pas obligatoire au sens strict du terme¹²². Aussi, advenant le cas où le *Commissaire de la concurrence* décidait de porter le litige devant le tribunal compétent, les *Principes et lignes directrices* ne pourraient être invoqués, au mieux, que dans une optique interprétative¹²³.

À présent que l'importance du rôle préliminaire du *Commissaire de la concurrence* est bien établie, et précisée la nature du principal outil duquel il peut se servir en matière d'encadrement de la publicité écologique en général, il importe d'analyser les différents éléments nécessaires au succès d'un recours devant les tribunaux. En ce sens, nous prendrons pour acquis que les tribunaux se trouvent déjà saisis d'un litige relatif à la violation présumée d'une des trois dispositions de la *L.c.* susceptibles d'être invoquées à l'appui d'un recours portant sur une déclaration écologique fausse ou trompeuse, soit les articles 52 (1), 74.01 (1) a) et 74.01 (1) b), et nous attarderons à chacun d'entre eux.

2.1.2. Recours sous l'article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence*

L'infraction de droit criminel visée par l'article 52 (1) de la *L.c.* [ci-après *l'article 52 (1)*] ne s'applique plus, depuis les modifications de 1999, qu'aux cas les plus graves de publicité fausse ou trompeuse¹²⁴. Toutefois,

121. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p.1-77.

122. P. Issalys et D. Lemieux, *supra* note 110 à la p.116.

123. Les *Principes et lignes directrices* ne peuvent lier un tribunal saisi d'une affaire portant sur une déclaration écologique fausse ou trompeuse. L'inclusion du passage suivant parle d'ailleurs de lui-même : «**Portée** : Le présent document ne vise pas l'établissement de normes ou de définitions reliées à l'environnement» : INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 4.

124. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Indications et pratiques commerciales trompeuses : choix entre le régime criminel ou civil de la Loi sur la concurrence*, Hull, Industrie Canada, 1999, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/ct01181f.pdf>> (page consultée le 6 août

bien que le rajout de l'expression «sciemment ou sans se soucier des conséquences»¹²⁵ ait transformé une infraction de responsabilité stricte en infraction de *mens rea* - rendant ainsi inadmissible la défense de diligence raisonnable¹²⁶ -, la nature du *corpus* jurisprudentiel établi avant 1999 permet de garder intacte l'applicabilité de la majeure partie des décisions rendues en vertu de cet article¹²⁷. Notons également que l'article 73 de la *L.c.* prescrit d'entreprendre ce recours devant la 1^{ère} instance de la Cour fédérale ou toute cour supérieure provinciale¹²⁸.

Les auteurs Donald S. Affleck et Wayne K. McCracken dressent, dans leur ouvrage *Canadian Competition Law*¹²⁹, un tour d'horizon complet des exigences jurisprudentielles relatives au succès d'un recours en vertu de l'article 52 (1). L'application de leurs enseignements au contexte spécifique des déclarations écologiques¹³⁰ nous permet de conclure que, pour que le *Procureur général* puisse obtenir gain de cause, l'existence des éléments suivants devra être démontrée hors de tout doute raisonnable¹³¹ : (1) la déclaration est fausse ou trompeuse, (2) ce caractère faux ou trompeur est susceptible de jouer un rôle dans le processus d'achat du bien ou du service visé par la déclaration et (3) l'entreprise responsable de la déclaration avait, en publicisant la déclaration, l'intention de tromper, ou ne s'est pas préoccupée des conséquences.

2004).

125. *L. c.*, *supra* note 24, art. 52 (1).

126. STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 aux pp. 63-65.

127. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-7.

128. *L. c.*, *supra* note 24, art. 73. Voir aussi : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 333.

129. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 aux pp. 5-8 à 5-15.

130. La nature essentiellement compatible des déclarations écologiques nous permet en effet de ne pas avoir à nous attarder sur les exigences relatives à la preuve que le litige porte bien sur une «représentation destinée au public». Voir à ce propos : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 309-310; voir les sections 1.2 et 1.22 ci-dessus.

131. G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux pp. 211-214; STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 à la p. 66.

En ce qui a trait au premier élément, le caractère «vérifiable» de la déclaration visée par le litige sera, à des degrés différents, central dans la preuve de sa nature fausse ou trompeuse. En effet, tandis qu'il doit être démontré qu'une fausse publicité énonce un état de fait «contraire à la réalité»¹³², une déclaration publicitaire pourra être qualifiée de trompeuse si, par l'impression générale qu'elle dégage¹³³, elle a la capacité de tromper le consommateur moyen¹³⁴. C'est d'ailleurs cette exigence de «capacité de tromper» qui est la plus susceptible d'être rencontrée par un bon nombre de déclarations problématiques portant sur la performance environnementale des produits ou services compte tenu de la difficulté de démontrer avec exactitude la fausseté d'une déclaration écologique vague¹³⁵. De plus, comme nous l'explique Nicole L'Heureux, il semble établi que : «les annonces faites sans vérification suffisante, qui ne reposent pas sur des bases raisonnables, [...] etc., sont trompeuses»¹³⁶.

Bien que les décisions portant sur les exigences relatives au second élément ne semblent pas constantes, il est plausible de conclure que, comme une déclaration écologique constitue un attribut majeur sur lequel se fonderont les consommateurs qui désirent procéder à un achat produisant moins d'impacts sur l'environnement¹³⁷, la preuve nécessaire pourrait être

132. «To prove falsity, an essential objective test is applied by asking the question : “does the representation make a statement that is factually erroneous or incorrect?”» : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 89 à la p. 1-24.

133. L'alinéa 52 (4) de la *L. c.*, *supra* note 24, est à cet effet particulièrement clair : «**52 (4)** Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important il faut tenir compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral.»

134. Il n'est en effet pas nécessaire de démontrer que la déclaration publicitaire a, de fait, trompé un consommateur. Le simple risque suffit. Voir à ce propos : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-12; N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 312-314.

135. En effet, en l'absence de définitions précises, rien n'empêcherait d'argumenter sur l'exactitude d'une déclaration affirmant qu'un produit est «biodégradable», même si le temps nécessaire à la décomposition du produit concerné excède en fait plusieurs siècles, ou «recyclable», malgré le fait qu'un seul lieu sur la planète soit équipé convenablement pour procéder concrètement au recyclage de ce même produit.

136. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 312.

137. Voir la section 2.1 ci-dessus.

apportée sans trop de mal dans un litige concernant une telle forme de publicité. En effet, les auteurs Affleck et McCracken affirment que :

Whether or not a particular court will conclude that a specific misrepresentation is «misleading in a material respect» is impossible to predict with certainty. However, the cases decided under section 52, prior to the 1999 amendments, would indicate *that if the court concludes that the misrepresentation is unlikely to impact upon the purchase decision of a typical member of the market targeted by the advertisement, the court should acquit the accused.*¹³⁸ [nos italiques]

Quant au troisième élément, dont la démonstration n'est requise que depuis 1999, sa portée exacte demeure encore indéfinie¹³⁹, sans doute parce que le *Bureau de la concurrence* favorise l'entreprise de recours en vertu de la partie VII.1¹⁴⁰. En tout état de cause, il semble que sa preuve sera très difficile à apporter pour toute forme de déclaration publicitaire¹⁴¹.

Advenant le cas où l'accusé serait déclaré coupable d'une infraction à l'article 52 (1), les sanctions prévues à l'alinéa 52 (5) de la *L.c.* lui seraient applicables, à savoir : (1) une amende dont le montant demeure à la discrétion du tribunal ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas cinq ans dans les cas où la poursuite a été instituée par mise en accusation ou (2) une amende

138. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-15. Une lecture *a contrario* permet de croire que le second élément se trouve rencontré par la plupart – sinon toutes – les déclarations écologiques.

139. «It is not clear whether, to constitute an offence under section 52 (1) as amended, it will be sufficient to prove that an accused knowingly or recklessly made a representation to the public, where the representation in question is shown to be false or misleading. Will it also be necessary to establish that the accused knew, or should have known, that the representation was false or misleading? Further, will it be necessary to establish that the accused knew, or should have known, that the representation was false or misleading “in a material respect”? These are the questions upon which courts will be called to adjudicate as jurisprudence is developed under the amended section 52 (1)» : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-8.

140. BUREAU DE LA CONCURRENCE, *supra* note 124 aux pp. 1-2.

141. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 309.

maximale de 200 000\$ ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas un an pour les cas entrepris par procédure sommaire¹⁴².

2.1.3. Les recours civils de la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence*

Les deux autres recours disponibles, faisant tous deux partie intégrante de l'article 74.01 de la *L.c.*, partagent certains traits communs¹⁴³. Ainsi, outre que le fardeau de preuve applicable soit celui de la prépondérance des probabilités¹⁴⁴, les tribunaux compétents en la matière sont les mêmes, soit : le *Tribunal de la concurrence*, la première instance de la Cour fédérale et les différentes cours supérieures provinciales¹⁴⁵. Aussi, la constatation d'une infraction aux différents alinéas de l'article 74.01 impliquera l'octroi d'ordonnances – ou de sanctions – identiques, lesquelles sont prévues à l'article 74.1 :

74.1 (1) Le tribunal qui conclut, à la demande du commissaire, qu'une personne a ou a eu un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci :

a) de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable;

b) de diffuser, notamment par publication, un avis, selon les modalités de forme et de temps qu'il détermine, visant à informer les personnes

142. *L. c.*, *supra* note 24, art. 52 (5). Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 89 à la p. 1-120.

143. Il importe d'ailleurs de mentionner que la terminologie choisie par le législateur fédéral pour les alinéas 74.01 (1) a) et b) est extrêmement similaire à celle de l'article 52 (1) de la *L. c.* avant qu'il ne soit modifié par la *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquences*, *supra* note 94. Cet état de fait a principalement pour effet de rendre applicables aux recours civils de la partie VII.1 la majorité des décisions à avoir été rendues sous l'égide de l'ancien article 52 (1) avec les modulations appropriées relativement à l'intensité de la preuve qui doit aujourd'hui être apportée par le Procureur général.

144. *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, [2002] C.A.C.T. 24, para. 53; STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 aux pp. 67-68; BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Indications et pratiques commerciales trompeuses*, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct01072f.html>> (page consultée le 6 août 2004).

145. *L. c.*, *supra* note 24, art. 74.09. Voir aussi : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 335.

d'une catégorie donnée, susceptibles d'avoir été touchées par le comportement, du nom de l'entreprise que le contrevenant exploite et de la décision prise en vertu du présent article, notamment :

(i) l'énoncé des éléments du comportement susceptible d'examen,

(ii) la période et le secteur géographique auxquels le comportement est afférent,

(iii) l'énoncé des modalités de diffusion utilisées pour donner les indications ou faire la publicité, notamment, le cas échéant, le nom des médias -- notamment de la publication -- utilisés;

c) de payer, selon les modalités que le tribunal peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale :

(i) dans le cas d'une personne physique, de 50 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ pour toute ordonnance subséquente,

(ii) dans le cas d'une personne morale, de 100 000 \$ pour la première ordonnance et de 200 000 \$ pour toute ordonnance subséquente.¹⁴⁶

Finalement, le législateur fédéral a prévu, au troisième alinéa de l'article 74.1 de la *L.c.*¹⁴⁷, que la défense de diligence raisonnable demeurerait admissible seulement dans les cas où l'ordonnance - ou la sanction - recherchée était visée par les alinéas (1) b) ou c) du même article.

146. *L. c.*, *supra* note 24, art. 74.1.

147. «74.1 (3) L'ordonnance prévue aux alinéas (1)b) ou c) ne peut être rendue si la personne visée établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher un tel comportement.» : *L.c.*, *supra* note 24. Voir aussi : STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 à la p. 68.

2.1.3.1. Recours sous l'article 74.01 (1) (a) de la *Loi sur la concurrence*

L'analyse préalable des éléments de preuve requis à l'appui d'un recours intenté en vertu de l'article 52 (1) laisse bien peu de choses à ajouter sur celle de l'article 74.01 (1) (a) de la *L.c.* [ci-après l'article 74.01 (1) (a)]. En effet :

Les critères qui permettent de qualifier une indication de fausse ou trompeuse sur un point important, relativement à l'infraction de nature criminelle de l'article 52 (1) servent également pour qualifier le comportement réprimé par l'article 74.01 (1) (a), sauf cependant l'élément d'intention.¹⁴⁸

Force est donc de constater que deux seuls éléments distinguent le recours de 74.01 (1) a), soit : (1) la non exigence du caractère intentionnel ou grossièrement négligent de l'infraction de même que (2) l'appréciation de la suffisance de la preuve présentée selon la prépondérance des probabilités. En conséquence, on peut affirmer sans se tromper que cette preuve «allégée» peut permettre, en théorie, à un plus large éventail de déclarations écologiques d'être sanctionnées comme fausses ou trompeuses¹⁴⁹.

2.1.3.2. Recours sous l'article 74.01 (1) (b) de la *Loi sur la concurrence*

The distinctive feature of paragraph 74.01 (1) (b) is that once an advertiser has made a performance claim he or she must be prepared to prove that an «adequate and proper» test has been conducted which substantiates the claim.¹⁵⁰

148. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 321.

149. «As a result, the civil adjudicative channel for regulating misleading advertising is expected to have the ability to operate more quickly than the criminal channel and handle a much larger number of cases.» : STIKEMAN ELLIOTT, *supra* note 93 à la p. 68.

150. B.R. Fraser et D. M. W Young, *supra* note 78 à la p. 1-51. Voir aussi : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 322.

Cette citation des auteurs Fraser et Young résume parfaitement bien les deux grands traits particuliers du recours prévu à l'article 74.01 (1) b) de la *L.c.* [ci-après l'article 74.01 (1) b)]. Premièrement, c'est le manque - ou l'absence - de vérification préalable à l'appui d'une déclaration publicitaire qui est visé par le présent recours, sans égard au caractère réellement faux ou trompeur de cette dernière. En ce sens, une déclaration qu'un tribunal considérerait avoir été faite sans vérification suffisante sera considérée comme contrevenant à l'article 74.01 (1) b), indépendamment que les résultats de tests «suffisants et appropriés», effectués après la publicisation de la déclaration démontrent la justesse de celle-ci¹⁵¹.

Deuxièmement, le recours de l'article 74.01 (1) b) est le seul à impliquer un transfert du fardeau de la preuve sur les épaules de la personne responsable de la déclaration sous examen¹⁵². Ainsi, une fois que le demandeur aura fait la preuve que la déclaration susceptible d'examen est relative au *rendement*, à *l'efficacité* ou à *la durée utile* d'un produit, le défendeur devra démontrer que cette même déclaration était fondée sur la réalisation d'*épreuves suffisantes et appropriées*¹⁵³.

151. D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-40. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-70.

152. À noter que ce renversement du fardeau de la preuve a été reconnu comme constitutionnellement valide par la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, alors qu'il était rattaché à la disposition criminelle de l'ancien alinéa 52 (1) b). Le fait que l'article 74.01 (1) b) soit aujourd'hui de nature civile nous permet d'affirmer que la validation de la Cour suprême est toujours applicable.

153. «... en application de l'alinéa 74.01 (1) b), il incombe au demandeur de démontrer que des indications réputées susceptibles d'examen ont été données. Lorsque le demandeur accomplit cette démarche, le fardeau de la preuve passe aux défendeurs, qui doivent démontrer que les déclarations ou garanties pertinentes se fondent sur des épreuves "suffisantes et appropriées".» : *Canada (Commissaire à la concurrence) c. P.V.I. international*, *supra* note 144. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-49.

Dans la plupart des cas¹⁵⁴, c'est donc l'existence d'épreuves justificatrices et le caractère suffisant et approprié de celles-ci qui seront au cœur des litiges impliquant des déclarations écologiques douteuses. En ce sens, et bien que les tribunaux aient considéré la suffisance d'épreuves – ou tests – de plusieurs types,¹⁵⁵ il semble clair que, pour qu'une déclaration écologique soit déclarée valable, la pré-existence d'assises scientifiques pertinentes, objectives et reconnues devra être démontrée.¹⁵⁶ Dans ce même ordre d'idées, il semble d'ailleurs que l'intégration du standard *ISO - 14 021* par l'*Association canadienne de normalisation*¹⁵⁷ [ci-après *CSA*], puisse permettre la prise en considération des exigences internationales en matière de justification raisonnable pour une *auto-déclaration* écologique.¹⁵⁸

Mentionnons finalement que la seule décision jurisprudentielle à avoir été rendue en matière de publicité écologique¹⁵⁹, l'affaire *Canada (Commissaire*

154. Bien qu'il soit évident qu'une *auto-déclaration* relative à certains aspects - qu'ils soient globaux ou spécifiques - de la performance environnementale d'un produit ou service (par exemple : «amical pour l'environnement», «meilleur pour l'environnement», «recyclable» ou «biodégradable») pourra être considérée comme directement liée au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile d'un produit, il paraît plus difficile de faire entrer dans la même catégorie les *auto-déclarations* de préférence environnementale faisant référence au contenu (par exemple : «sans CFC», «sans phosphate» ou «composé de 35% de matériau recyclé»).

155. «“Tests” referred to in subsection 74.01 (1) b) may be, but need not be, scientific in nature. For example, the general experience of users of the product may constitute adequate and proper tests to substantiate a performance claim concerning a product.» : D. S. Affleck et W. K. McCracken, *supra* note 89 à la p. 5-42. Voir aussi : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-52.

156. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-54.1.

157. CSA, *CAN/CSA-ISO 14 021-00*, en ligne : <<http://www.csa-intl.org/onlinestore/GetCatalogItemDetails.asp?mat=2010864&Parent=2207>> (page consultée le 6 août 2004).

158. B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-52.

159. Il importe toutefois de mentionner au passage que l'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Para Inc.*, en ligne : <<http://www.ct-tc.gc.ca/francais/cas/ct-2003-004/para.html>> (page consultée le 6 août 2004), réglée hors-cour et qui visait une déclaration publicitaire alléguant qu'un certain type de peinture vendue par Para permettait, si utilisée par le consommateur, de réduire les pertes de chaleur et d'économiser sur la consommation d'énergie, peut être indirectement considérée comme touchant à la problématique de la publicité écologique.

de la concurrence) c. *P.V.I. International Inc.*, l'a été sous l'égide du paragraphe 74.01 (1) b)¹⁶⁰.

Ceci complète donc le tour d'horizon des différents recours nationaux actuellement à la portée des consommateurs écologiques. Toutefois, compte tenu de notre choix d'analyser la suffisance du cadre normatif canadien selon une perspective québécoise, le portrait de la situation ne saurait être complet sans que nous ne nous soyons penchés sur les normes dont l'application, advenant un litige portant sur une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse, ne serait possible qu'au Québec.

2.2. État du droit québécois sur la question de la publicité écologique : Le régime de la *Loi sur la protection du consommateur*

Le Québec compte, lui aussi, un nombre assez limité de recours ayant trait au contrôle des déclarations écologiques. Ainsi, non seulement aucune disposition - tant normative que réglementaire - ne vise directement la question de la publicité écologique en tant que telle, mais un seul texte législatif général est accessible en droit québécois. En effet, et malgré l'existence de quelques dispositions intéressantes au sein du *Code civil du Québec*¹⁶¹, seule la portion de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁶² [ci-après la *L.p.c.*] qui proscriit certaines «pratiques interdites» serait invocable dans le cas d'un litige

160. L'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c. P.V.I. International Inc.*, *supra* note 144, a été rendue par le Tribunal de la concurrence en mai 2002 et concernait un dispositif qui, selon la publicité visée par le recours, permettrait de réduire la consommation d'essence d'un véhicule automobile de 22% et, incidemment, la pollution dégagée lors de son utilisation. Les articles 74.01 (1) a) et b) ont été invoqués à l'appui du recours. Le Tribunal fonde son analyse principalement sur l'allégation spécifique de réduction de consommation de carburant de 22% et non sur la vérification de celle, générale, des émissions polluantes. Cet «angle d'attaque» nous laisse donc perplexe quant à savoir si les tests sur lesquels l'entreprise s'était fondée pour justifier sa déclaration publicitaire auraient été déclarés insuffisants si la publicité visée n'avait comporté qu'un aspect général.

161. L. Q. 1991, c. 64, art. 1401 et 1457.

162. *Supra* note 25, Titre II.

concernant une forme déloyale de publicité écologique¹⁶³. Les dispositions pertinentes sont d'ailleurs les suivantes :

219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur.

220. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit:

a) attribuer à un bien ou à un service un avantage particulier;

[...]

221. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit :

a) prétendre qu'un bien ou un service comporte une pièce, une composante ou un ingrédient particulier ;

[...]

g) attribuer à un bien ou à un service une certaine caractéristique de rendement.¹⁶⁴

163. En effet, les exigences relatives aux trois seules dispositions du *C.c.Q.* qu'on pourrait invoquer à l'appui d'un recours concernant une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse ne semblent pas compatibles avec ce type de publicité. Ainsi, tandis que les développements jurisprudentiels ont fait de l'erreur provoquée par le dol, prévue à l'article 1401 *C.c.Q.*, une cause de nullité qui ne s'applique plus qu'aux actes de malhonnêteté les plus flagrants, commis par ou à la connaissance du cocontractant - voir à ce propos N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 356; S. Gaudet et J. Pineau, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 aux pp. 175 à 188 - le régime des articles 1457 et 1458 du *C.c.Q.* (compte tenu du fait que le «consommateur-demandeur» ne peut être directement lésé par une déclaration écologique déloyale (*supra* note 98)) apparaît également inapplicable. Notons toutefois que le jeu de l'article 270 de la *L.p.c.* pourrait permettre indirectement de recourir aux dispositions du *C.c.Q.* dans le cas d'une infraction à la *L.p.c.*.

164. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 219-221.

D'entrée de jeu, notons que la preuve nécessaire à la démonstration du caractère faux ou trompeur d'une affirmation publicitaire, sous l'égide des articles 219 et suivants de la *L.p.c.*, comporte plusieurs éléments similaires à la prohibition des articles 52 (1) et 74.01 (1) de la *L.c.*, dont principalement la définition très large des formes de «représentations» dont le caractère faux ou trompeur peut être sanctionné par la *L.p.c.*¹⁶⁵ ainsi que le fait d'évaluer le caractère trompeur d'une déclaration publicitaire en considérant le point de vue de la personne crédule et inexpérimentée¹⁶⁶ et l'impression générale qui se dégage de la déclaration concernée¹⁶⁷.

Toutefois, le régime établi par les articles 219 et suivants de la *L.p.c.* implique une différence majeure par rapport au régime fédéral en ce qui a trait au champ d'application couvert. En effet, puisque les recours intentés sous l'égide des articles 220 et 221 de la *L.p.c.* ne concernent qu'un nombre prédéterminé de déclarations publicitaires fausses, seul un recours entrepris en vertu d'une violation de l'article 219 de la *L.p.c.* pourra permettre de sanctionner une publicité «trompeuse»¹⁶⁸. Cet état de fait, compte tenu des difficultés inhérentes à la démonstration du caractère faux de plusieurs types de déclaration écologique¹⁶⁹ et indépendamment de la présomption de dol qui s'applique à l'article 220 (1) a)¹⁷⁰, nous semble donc octroyer un caractère préférentiel au

165. C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999 à la p. 835. Mentionnons également que l'omission de fournir certaines informations est également considérée comme une infraction par le jeu de l'article 228 de la *L.p.c.*, *supra* note 25.

166. *Turgeon c. Germain Pelletier ltée*, [2001] R.J.Q. 291 à la p. 295 (C.A.). Voir aussi : G. Morin et F. Tôth, *Loi sur la protection du consommateur et règlement d'application*, Toronto, Thomson-Carswell, 2003 à la p. 85.

167. «**218.** Pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, il faut tenir compte de l'impression générale qu'elle donne et, s'il y a lieu, du sens littéral des termes qui y sont employés» : *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 218. Soulignons également que, comme dans le cas du régime fédéral, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'une déclaration publicitaire a, dans les faits, effectivement trompé quelqu'un pour qu'elle puisse être sanctionnée comme trompeuse. Voir à ce sujet : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 347; *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 217.

168. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 346.

169. Voir la section 1.2.2 ci-dessus.

170. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 253.

choix de l'article 219 de la *L.p.c.* pour fonder un recours à l'encontre d'une publicité verte au contenu douteux¹⁷¹.

L'identité des personnes habiles à se constituer demandeurs – ou poursuivants – dans un litige relatif à une publicité verte dépendra du type de remède recherché. Ainsi, advenant le cas où une déclaration écologique semblait violer l'une des dispositions pertinentes de la *L.p.c.*, trois types de recours pourraient être intentés, à savoir : (1) les recours contractuels, (2) administratifs et (3) pénaux¹⁷². Examinons-les successivement.

2.2.1. Les recours contractuels

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi [...], le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas :

[...]

c) la réduction de son obligation;

d) la résiliation du contrat;

e) la résolution du contrat; ou

f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas.

Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.¹⁷³

171. Dans un ordre d'idées prospectif, il est intéressant de soulever la potentialité que l'infraction d'omission de l'article 228 de la *L.p.c.* puisse être invoquée à l'encontre d'une entreprise qui annonce qu'un produit ne contient pas - ou plus - d'un certain type de substance nocive alors que, dans les faits, la substance de remplacement est encore plus nocive. En ce sens : «Le pivot de cette disposition est bien sûr la question de savoir ce qu'est un "fait important". Un "fait important" est une information qui, si elle avait été communiquée au consommateur en temps opportun, aurait été de nature à influencer sur sa décision de contracter ou sur les conditions et modalités du contrat.» : C. Masse, *supra* note 165 à la p. 862.

172. Cette division a été empruntée à l'ouvrage suivant : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 391-442.

173. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 272.

Essentiellement, les recours contractuels visent à permettre aux consommateurs lésés par une publicité fausse ou trompeuse d'annuler leur achat ou de faire réduire leurs obligations. La sanction imposée dépendra principalement de l'importance que le tribunal accordera à l'élément sur lequel portait la déclaration fausse ou trompeuse dans la décision d'achat¹⁷⁴. Ce type de recours paraît, pour les motifs que nous avons énoncés plus haut¹⁷⁵, difficilement admissible en matière de publicité écologique, sauf peut-être pour obtenir une réduction du prix de vente payé¹⁷⁶.

2.2.2. Les recours administratifs

Les recours administratifs visent principalement à faire cesser les pratiques qui semblent en contravention avec la *L.p.c.*, et impliquent la participation directe du président de l'*Office de protection du consommateur*¹⁷⁷ [ci-après l'*O.P.C.*]¹⁷⁸. Celui-ci jouit d'un très large pouvoir discrétionnaire en matière de vérification des différentes déclarations publicitaires diffusées sur le territoire québécois. En effet, les articles 311 et 312 lui permettent, s'il croit qu'une infraction a été commise en matière de publicité, d'ordonner à l'entreprise suspectée de lui communiquer le contenu de sa publicité et/ou d'en démontrer la véracité¹⁷⁹.

174. C. Masse, *supra* note 165 à la p. 835.

175. *Supra* note 163.

176. En effet, il est reconnu que certains biens et services «verts» sont vendus à un prix plus élevé que les autres produits ou services leur étant similaires. Voir à ce propos : J. Marchand, *supra* note 36 aux pp. 326-327; F. Cairncross, *supra* note 9 aux pp. 175-176; W. Coddington, *supra* note 37 aux pp. 88-89.

177. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 291-292.

178. «Les remèdes administratifs jouent un rôle positif pour prévenir les transgressions. Ils sont des moyens plus souples et mieux adaptés aux circonstances que les sanctions pénales pour éliminer efficacement les pratiques répréhensibles. [...] Le président a discrétion pour choisir le moyen approprié à chaque cas pour mettre fin, pour l'avenir, à une pratique trompeuse, pour obtenir la réparation des dommages subis par le consommateur et pour assurer le rétablissement de la vérité.» : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 439.

179. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 311-312.

Par la suite, s'il juge que la publicité concernée comporte un aspect faux ou trompeur, le président de l'*O.P.C.* peut décider «d'imposer»¹⁸⁰ une des trois sanctions administratives suivantes : (1) demander un «engagement volontaire» de la part de la personne qu'il croit être en infraction¹⁸¹, (2) s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction à l'encontre de cette même personne¹⁸² ou (3) s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance rectificative¹⁸³. Analysant le succès des sanctions administratives pouvant être administrées sous l'égide de la *L.p.c.*, le professeur Claude Masse, spécialiste en droit de la consommation, écrit que:

Les pouvoirs conférés au président en ce qui a trait aux engagements volontaires ont permis une certaine forme de déjudiciarisation des interventions de l'*O.P.C.* [...] On signale à l'*O.P.C.* qu'une cinquantaine d'engagements volontaires ont été pris depuis une dizaine d'années et que cette formule fonctionne bien en général. Les cas de récidive ou de non-respect des engagements volontaires de la part des commerçants seraient rares en pratique.¹⁸⁴

Les succès rapportés de la pratique des «engagements volontaires» ne sont toutefois pas nécessairement transposables en matière de contrôle du contenu des déclarations publicitaires. En effet, nos recherches n'ont permis d'obtenir aucune information sur les cas où le président de l'*O.P.C.* aurait effectivement exercé l'un des pouvoirs des articles 311 et 312 de la *L.p.c.* ce qui, considérant le très large éventail de dispositions sur lesquelles peut porter un

180. Nous avons placé entre guillemets l'expression «d'imposer» puisque, dans les faits, le président de l'*O.P.C.* ne peut que négocier - avec les contrevenants potentiels ou les tribunaux - l'imposition des sanctions dites «administratives». Il ne jouit en effet d'aucun pouvoir judiciaire en tant que tel. Voir à ce sujet : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 359 et 439.

181. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 314 (2) et 315. À noter que la violation d'un engagement volontaire est considérée comme une infraction à la *L.p.c.* sanctionnable pénalement : «277. Est coupable d'une infraction la personne qui : [...]d) ne se conforme pas à un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1;» : *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 277.

182. *Ibid.*, art. 316.

183. *Ibid.*, art. 317.

184. C. Masse, *supra* note 165 à la p. 1117.

«engagement volontaire»¹⁸⁵, empêche de déterminer l'effectivité concrète de ces pouvoirs en matière de déclarations publicitaires et, qui plus est, de publicité verte¹⁸⁶.

2.2.3. Les recours pénaux

Bien que leur existence soit fondamentale au sein d'une loi visant la protection des consommateurs¹⁸⁷ et que toute infraction à la *L.p.c.* puisse, théoriquement, être sanctionnée par leur entremise¹⁸⁸, les recours pénaux de la *L.p.c.* sont considérés comme une voie de dernier recours¹⁸⁹ que seul le Procureur général du Québec peut emprunter¹⁹⁰.

Les sanctions pénales qu'un tribunal peut imposer à une personne reconnue coupable d'avoir diffusé une déclaration publicitaire fausse ou trompeuse se retrouvent à l'article 278 de la *L.p.c.*, lequel se lit ainsi :

278.

Une personne déclarée coupable d'une infraction constituant une pratique interdite [...] est passible :

a) dans le cas d'une personne physique, d'une amende de 600\$ à 15 000\$

185. Le pouvoir du président de l'*O.P.C.* d'accepter un engagement volontaire de la part d'une personne ne connaît en effet d'autres limites que celles des lois sous la responsabilité de l'*O.P.C.* : *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 314.

186. La difficulté d'obtenir les informations relatives au contenu des «engagements volontaires» est d'ailleurs décrite par la professeure Nicole L'Heureux en ces termes : «La Loi n'impose pas au président l'obligation de rendre compte publiquement des engagements volontaires qui sont souscrits. Le public aurait toutefois intérêt à ce qu'une divulgation régulière en soit faite.» : N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 440.

187. C. Masse, *supra* note 165 à la p. 1073.

188. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 277.

189. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 415.

190. *Code de procédure pénale*, *supra* note 107, art. 1 et 9. Le Procureur général du Québec est donc le seul à pouvoir intenter une poursuite pénale en vertu de la *L.p.c.*, sous réserve évidemment des commentaires énoncés plus haut sur le droit de poursuite du citoyen : *supra* note 107.

b) dans le cas d'une personne morale, d'une amende de 2 000\$ à 100 000\$¹⁹¹

De plus, en matière de publicité fausse ou trompeuse, l'article 288 de la *L.p.c.* prévoit qu'un juge peut, advenant qu'il condamne un accusé en vertu de l'article 278 de la *L.p.c.*, rajouter à l'amende imposée une ordonnance rectificative¹⁹². La professeure Nicole L'Heureux nous apprend que cette ordonnance pourra être de deux ordres, soit de divulgation ou corrective¹⁹³.

Soulignons finalement que, pour un défendeur, la particularité d'un recours pénal intenté sous l'égide de la *L.p.c.* tient à l'admissibilité de la défense de diligence raisonnable pour contrer la preuve d'une pratique interdite¹⁹⁴.

2.3. Lacunes et difficultés

L'analyse des dispositions normatives et réglementaires invocables en matière de contenu des déclarations écologiques nous amène d'abord à constater que certains mécanismes intéressants sont déjà en place. En effet, le renversement du fardeau de la preuve prévu à l'article 74.01 (1) b) de la *L.c.* de même que les pouvoirs conférés au président de l'*O.P.C.* par les articles 311 et 312 de la *L.p.c.* ont le potentiel de court-circuiter les immenses difficultés - et parfois l'impossibilité - inhérentes à la démonstration, par un consommateur ou

191. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 278. Mentionnons que l'article 280 de la *L.p.c.* prévoit que, dans le choix de l'amende qui sera imposée, le tribunal doit prendre en considération les implications économiques de l'acte qui est sanctionné.

192. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 288.

193. «L'ordonnance de divulgation a pour but de forcer le commerçant à fournir une information qui fait défaut dans la pratique ou dans l'annonce originale et dont l'absence rend le procédé ou le message trompeur. [...] L'ordonnance de publicité corrective, par contre, veut corriger les effets résiduels d'une publicité antérieure. Elle va plus loin que l'ordonnance de divulgation en ce que non seulement elle tente de fournir tous les éléments qui manquent dans un message publicitaire et qui rendent l'annonce trompeuse ou déloyale, mais en ce qu'elle cherche également à compenser pour les effets résiduels d'une annonce trompeuse ou déloyale passée.» : N. L'Heureux, *supra* note 65 aux pp. 420-421.

194. *L.p.c.*, *supra* note 25, art. 287.

un concurrent de l'entreprise émettrice, du caractère faux ou trompeur d'une publicité verte¹⁹⁵.

Toutefois, l'actuel régime normatif canadien est loin d'être suffisant pour permettre de pallier les difficultés qui entravent actuellement l'essor de la consommation écologique et ce, pour deux principales raisons relatives à (1) l'absence de dispositions réglementaires contraignantes portant spécifiquement sur le contenu des déclarations écologiques et (2) la concentration des pouvoirs de recourir aux dispositions de la *L.c.* et de la *L.p.c.*.

En premier lieu, compte tenu de la nature particulière des déclarations écologiques et du fait que le préjudice potentiel ne touche pas directement les consommateurs¹⁹⁶, il semble que la protection des éco-consommateurs ne puisse être, à court ou moyen terme, adéquatement couverte par des dispositions réglementaires d'application générale telles que contiennent actuellement la *L.c.* et la *L.p.c.*¹⁹⁷. Ainsi, quoiqu'il s'agisse d'un effort louable eu égard à l'absence de normes similaires au Québec, nous croyons que le choix du ministère fédéral de l'Industrie d'adopter les *Principes et lignes directrices* sous la forme d'une «directive indicative», donc sans portée contraignante, pose problème. En ce sens :

195. «The problem of market dysfunction is exacerbated by the fact that purchasers acting as environmental planners cannot test the veracity of the information disseminated by market actors; environmental claims, unlike virtually all other product claims, are not subject to empirical testing by the consumer.» : D. S. Cohen, *supra*, note 59 à la p. 240.

196. «In traditional advertising, the legislature's primary concerns are the industry and the consumer. Environmental marketing introduces a new facet - environmental protection goals.» : A. K. McClure, *supra* note 34 à la p. 1352. Voir aussi *supra* note 98.

197. La pertinence de recourir à des dispositions générales de proscription de la publicité fausse ou trompeuse afin de solutionner le problème posé par la publicité écologique a d'ailleurs déjà été traité en droit américain : «... “why shouldn't environmental marketing claims be regulated like all others - if they're deceptive, prosecute under current provisions of the FTC Act?” Responding to this inquiry on the part of the Federal Trade Commission, Attorney General Humphrey answered at 1991 FTC hearings on industry guidelines in environmental advertising that “we have *never* seen any other marketing issue of this magnitude” and that “a case-by-case approach will be too slow and too cumbersome in developing the boundaries for legitimate environmental claims.» : D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 aux pp. 443-444. Voir aussi : M. J. Trebilcock, «Rethinking consumer protection policy» dans C. E. F. Rickett et T. G. W. Telfer, dir., *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 68 aux pp. 73-77.

The *Principles*, despite their shortcomings, represent only a tentative first step toward addressing the rapidly expanding growth in misleading environment-related advertising. But given the serious negative environmental impacts generated by this kind of misinformation in the consumer marketplace, together with the serious substantive deficiencies of the *Principles* and the absence of an independent, public enforcement institution, it is unlikely that this particular regulatory instrument alone, at least in its present form, could ever address the problem adequately.¹⁹⁸

Aussi, l'accessibilité concrète aux dispositions pertinentes de la *L.c.* et de la *L.p.c.* paraît également poser problème. En effet, l'étendue des pouvoirs du *Commissaire de la concurrence* fédéral et du président de l'*O.P.C.* québécois a pour principale conséquence de soumettre à leur «approbation préalable» l'institution de recours portant sur une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse. En ce sens, si l'on considère la multitude de pratiques publicitaires à teneur environnementale examinées en première partie, le fait qu'un seul recours ait été intenté au Canada en rapport direct avec le contenu d'une publicité verte¹⁹⁹ est pour le moins singulier et vient, à notre sens, appuyer l'existence de lacunes relativement à l'identité des personnes habilitées à intenter des poursuites en la matière²⁰⁰.

Dans ce même ordre d'idées, il semble problématique que la nature indirecte du préjudice subi par un éco-consommateur floué par une déclaration écologique fausse ou trompeuse ne lui permette pas de jouir de la totalité des recours civils et contractuels qui devraient lui être ouverts.

198. D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 255.

199. «Notwithstanding the plethora of claims for environmental friendliness currently being made, there has been little judicial guidance for the application of the statutory provisions to such claims.» : B. R. Fraser et D. M. W. Young, *supra* note 78 à la p. 1-73. Voir aussi *supra* note 160.

200. Mentionnons également que le fait que le mandat du président de l'*O.P.C.*, du *Commissaire de la concurrence* et de leurs assistants en matière de traitement des plaintes portant sur des affirmations publicitaires d'apparence fausse ou trompeuse soit extrêmement large pourrait également, entre autres choses, expliquer le très faible nombre de poursuites relatives au thème spécifique de la publicité écologique.

La deuxième partie du présent article une fois derrière nous, il est possible d'affirmer que, bien que le cadre normatif applicable au programme canadien au contrôle des différentes formes de publicité écologique au Canada permette aux *éco-consommateurs* de jouir de certains moyens de s'assurer du bien-fondé ou de la crédibilité des informations environnementales qui leur sont fournies sur les marchés actuels, celui-ci comporte plusieurs lacunes importantes propres à nuire à l'essor de la consommation écologique au Canada. Les résultats de notre analyse nous poussent donc à réfléchir sur les meilleurs moyens de remédier à ces lacunes.

Troisième partie : Quand les dispositions générales ne suffisent pas : proposition de réglementation spécifique au contrôle de la publicité écologique fausse ou trompeuse

Croyant fermement en l'adage «la critique est facile, mais l'art est difficile», nous n'aurions pu considérer cet article comme étant complété sans que l'analyse effectuée en deuxième partie - ainsi que l'inhérente identification des différentes lacunes et difficultés susceptibles de nuire au développement de la consommation écologique au Canada - ne nous amène à formuler quelques-unes de nos propres suggestions quant à la forme que pourraient revêtir les «interventions gouvernementales» nécessaires à la définition d'un cadre juridique adéquat.

Misleading environmental marketing might therefore be considered more detrimental than other forms of marketing and require more extreme measures to address this issue and reduce its use.

[...]

If voluntary «regulations» cannot motivate action, government may have to step in, not only to ensure marketers operate more ethically, but to ensure they operate in a less environmentally harmful fashion.²⁰¹

En guise d'introduction au présent chapitre, il nous semble utile de rappeler nos conclusions à l'effet que l'absence de dispositions réglementaires spécifiques à la question de la publicité écologique fausse ou trompeuse au

201. M. J. Polonsky et autres, *supra* note 20 aux pp. 290-291. Voir aussi : D. S. Cohen, *supra* note 59 à la p. 246.

Canada constitue une des principales difficultés auxquelles il importe de remédier afin de favoriser une consommation écologique effective²⁰². Toutefois, la détermination du type de «resserrement juridique» qui serait susceptible de provoquer le meilleur résultat à cet égard ne saurait être valablement réalisée sans que nous ne puissions d'abord répondre à une question fondamentale : quel pallier de gouvernement est compétent à ce sujet²⁰³?

Dans le cas qui nous intéresse, il nous semble clair que le contrôle des différentes formes de publicité écologique ne peut pas - et ne doit pas - être considéré comme relevant exclusivement d'un seul ordre de gouvernement²⁰⁴. En effet, comme nous l'avons constaté au fil de la deuxième partie de l'article, tant la *L.c.* fédérale que la *L.p.c.* québécoise sont susceptibles d'être invoquées à l'appui d'un recours visant une déclaration écologique fausse ou trompeuse. Cet apparent dédoublement des pratiques, bien loin d'être inutile, nous fournit plutôt deux angles d'attaques distincts pour rendre plus efficace le cadre normatif actuellement en vigueur (1) par la réglementation du contenu des déclarations écologiques et (2) par l'accroissement de la protection accordée aux *éco-consommateurs*.

En ce sens, alors que la compétence fédérale visant le commerce extra-provincial²⁰⁵ justifierait que le législateur canadien travaille à l'élaboration de normes portant sur l'émission même des *auto-déclarations* écologiques au Canada, la compétence provinciale sur le droit civil²⁰⁶ nous semble permettre d'orienter la législation québécoise vers la facilitation des recours auxquels devraient avoir droit les éco-consommateurs lésés par la fourniture d'informations écologiques imprécises ou déloyales.

202. Voir la section 2.3 ci-dessus.

203. H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 406.

204. En effet, comme le pouvoir de réglementer la publicité en tant que telle n'a été octroyé à aucun des deux ordres de gouvernement du Canada, chacun d'entre eux est libre d'adopter une réglementation touchant à ce sujet en autant qu'il le fasse dans le cadre d'une des compétences exclusives qui lui ont été accordées. Voir à ce sujet H. Brun et G. Tremblay, *ibid.* à la p. 409.

205. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91 (2). Voir aussi : *id.* aux pp. 448-456.

206. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 205, art. 92 (13). Voir aussi : H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 203 aux pp. 478-484.

3.1. Droit fédéral : réglementer l'émission des *déclarations* écologiques



Considérant qu'un nombre très limité de personnes sont aptes à évaluer la crédibilité d'affirmations portant sur les caractéristiques environnementales d'un produit ou un service et que l'absence de normes contraignantes rend actuellement attrayant le recours à cette manière simple d'afficher les «efforts environnementaux» faits par l'entreprise émettrice²⁰⁷, il nous apparaît nécessaire que le législateur fédéral²⁰⁸ intervienne pour assurer la véracité des *auto-déclarations*.

Compte tenu de l'ampleur du travail qu'elles sous-entendent, nous avons cru bon de séparer nos suggestions de resserrement juridique en deux catégories déterminées en fonction de la chronologie de leur mise en application.

207. «Since there are no direct costs to making dishonest claims in an unregulated or minimally regulated market, and since many consumers are willing to pay more for products that are marketed as environmentally safe, dishonest manufacturers will have an incentive to make false environmental claims. The expected profits will be greater than the costs of getting caught.» : D. F. Welsh, «Environmental marketing and Federal Preemption of State Law : Eliminating the “Gray” behind the “Green”» (1993) 81 California Law Review 991 à la p. 998.

208. Outre sa compétence constitutionnelle en matière de commerce extra-provincial, le choix du législateur fédéral - et l'incidente adoption d'une législation de portée nationale - nous est apparu pertinent pour éviter que ne se reproduise une situation similaire à celle des États-Unis, où l'adoption de dispositions réglementaires étatiques différentes a causé plusieurs difficultés aux dirigeants d'entreprises qui tentaient de mettre en branle une campagne inter-étatique de marketing vert : «Since protection of consumers is an area traditionally within the scope of state control, all states have laws that regulate environmental claims by product manufacturers. [...] Direct regulation is ultimately unworkable because each state has different standards and consequently the approach to green marketing nationwide is not uniform. This lack of uniformity carries with it unacceptable costs to manufacturers and consumers. Because this lack of uniformity is inherent to a system of state-by-state regulation, state law is a fundamentally improper vehicle for environmental claim regulation. [...] According to a trade association representative : “if, as seems likely, conflicting local and state regulations silence national marketers with respect to environmental claims, the ability of consumers to make environmentally beneficial choices will be seriously impeded.”» : *ibid.* aux pp. 999 et 1004.

3.1.1. Court terme : établir des règles contraignantes pour les entreprises désirant émettre une *déclaration* écologique

Cascades est d'avis que l'écologo apposable sur les produits recyclables  et celui apposable sur les produits contenant des fibres recyclées  devraient être simplifiés et faciles de compréhension à l'occasion de la mise en place de ce règlement, et que le contrôle de leur utilisation devrait être resserré. L'application de ces deux logos est confuse, souvent mal utilisée et incompréhensible pour les consommateurs.²⁰⁹

Ainsi, outre les problèmes liés aux formes de publicité écologique non-appuyées par des épreuves scientifiques suffisantes, cet extrait du mémoire présenté par la compagnie *Cascades* dans le cadre de l'évaluation de la pertinence de remplacer les *Principes et lignes directrices* par le standard ISO-14 021 témoigne bien d'une autre difficulté majeure ayant trait au contenu des *auto-déclarations* écologiques : les nombreux sens qu'on peut octroyer aux termes, sigles ou pictogrammes utilisés dans le cadre de campagnes de marketing vert en l'absence de définitions précises dont le respect serait obligatoire.

Par exemple, le fait de retrouver le ruban de Moëbius sur l'emballage d'un produit de consommation constitue un excellent cas de figure pour démontrer la multitude de significations qu'une déclaration écologique «véridique» peut sous-entendre : Entend-on signifier que le produit est recyclable? Que la compagnie favorise la récupération des produits en tant que telle? Que le produit est composé de 10% de matériaux recyclés post-consommation? Que le produit contient un certain pourcentage de matériaux recyclés pré-consommation? Bref, impossible pour le consommateur écologique de s'y retrouver et de faire un choix éclairé.

209. CASCADES, *Mémoire présenté au commissaire à la concurrence en réponse à la proposition d'adoption de nouvelles lignes directrices concernant les déclarations liées à l'environnement sur l'étiquetage et dans la publicité*, en ligne : <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ctf/cascades.pdf>> à la p. 6 (page consultée le 6 août 2004).

La solution à court ou moyen terme nous semble donc de rendre obligatoire le respect de documents qui régissent le contenu des *auto-déclarations* écologiques, tels que les *Principes et lignes directrices* ou le standard ISO-14 021, par le biais d'une réglementation claire au Canada.

En ce sens, nous avons cru bon de nous inspirer de la situation juridique qui prévaut actuellement aux États-unis en matière de contrôle du contenu des différentes formes de publicité écologique. En effet, la Federal Trade Commission²¹⁰ [ci-après la FTC] a publié, initialement en 1992²¹¹, un document similaire aux *Principes et lignes directrices* intitulé *Guides for the Use of Environmental Claims*²¹² [ci-après les directives de la FTC] et tout aussi non-contraignant que son corollaire canadien²¹³. L'innovation découle cependant du fait de quelques États, qui ont intégré à leur corpus législatif un certain nombre de dispositions réglementaires rendant passible de sanctions toute entreprise qui ne pourrait démontrer s'être valablement conformée aux directives de la FTC lors de la publicisation d'une *auto-déclaration écologique*. Cet extrait du Code législatif de l'État de l'Indiana constitue un exemple très représentatif :

210. La FTC joue, aux États-Unis, un rôle similaire à celui joué par le Bureau de la concurrence au Canada. Voir à ce sujet : FTC, *A guide to the Federal Trade Commission*, Washington, FTC, 2004 à la p. 1.

211. D. L. Scammon et R. N. Mayer, «Agency Review of Environmental Marketing Claims : Case-by-Case Decomposition of the Issues» (1995) 24 *Journal of Advertising* 33; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 à la p. 444.

212. 16 C.F.R. § 260 (1996), en ligne : <<http://www.ftc.gov/bcp/grnrule/guides980427.htm>> (page consultée le 6 août 2004).

213. «§ **260.1 Statement of purpose** These guides represent administrative interpretations of laws administered by the Federal Trade Commission for the guidance of the public in conducting its affairs in conformity with legal requirements. These guides specifically address the application of Section 5 of the FTC Act to environmental advertising and marketing practices. They provide the basis for voluntary compliance with such laws by members of industry. Conduct inconsistent with the positions articulated in these guides may result in corrective action by the Commission under Section 5 if, after investigation, the Commission has reason to believe that the behavior falls within the scope of conduct declared unlawful by the statute. § **260.2 Scope of guides** [...] Because the guides are not legislative rules under Section 18 of the FTC Act, they are not themselves enforceable regulations, nor do they have the force and effect of law. The guides themselves do not preempt regulation of other federal agencies or of state and local bodies governing the use of environmental marketing claims.» : *ibid.* Voir aussi : A. K. McClure, *supra* note 34 aux pp. 1357-1358.

Chapter 17. Environmental Marketing Claims

[...]

IC 24-5-17-2

Application of chapter; violations

[...]

Sec. 2. [...] (b) It is a violation of this chapter for any person to represent that any consumer good which the person manufactures or distributes or its package is «ozone friendly», «biodegradable», «compostable», «photodegradable», «recyclable», or «recycled» unless that consumer good or its package meets the definitions contained in this chapter or meets definitions established in trade regulations or guides adopted by the Federal Trade Commission or in enforceable regulations adopted by another federal agency expressly for the purpose of establishing standards for environmental advertising or representations.²¹⁴

Ainsi, l'insertion d'une disposition obligeant le respect du standard ISO-14 021²¹⁵ au sein de la *L.c.* ou d'un règlement d'application représente, à notre sens, la meilleure option à court terme pour deux raisons : (1) cette modification devrait permettre de faciliter le recours aux mécanismes de la partie VII.1 de la *L.c.* dans le cadre de litiges impliquant le contenu d'une déclaration publicitaire à teneur environnementale²¹⁶ et (2) le resserrement des normes juridiques

214. *Ind. C.*, § 24-5-17-2 (1991), en ligne : <<http://www.in.gov/legislative/ic/code/title24/ar5/ch17.html>> (page consultée le 6 août 2004). Voir aussi : *Cal. Bus. & Prof. C.* § 17580 (1995), en ligne : <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=bpc&group=17001-18000&file=17580-17581>> (page consultée le 6 août 2004) *N.Y.C.R.R. Tit. 6*, § 368.1 (1995), en ligne : <<http://www.dec.state.ny.us/website/regs/part368.html>> (page consultée le 6 août 2004); *Maine Rev. Stat. Tit. 38*, § 2142 (1993), en ligne : <<http://janus.state.me.us/legis/statutes/38/title38sec2142.html>> (page consultée le 6 août 2004).

215. Nous avons choisi de recommander le standard ISO-14 021 compte tenu des travaux qui sont actuellement menés pour qu'on en substitue l'application à celle des *Principes et lignes directrices* au Canada. Voir à ce propos : *supra* note 114.

216. Il est cependant évident que, compte tenu du très large pouvoir discrétionnaire qui a été attribué au *Commissaire de la concurrence*, l'effectivité de cette modification ne saurait être assurée sans un minimum de volonté politique. Mentionnons en ce sens que, munie d'outils

applicables aux différentes formes de marketing vert devrait inciter les membres du secteur privé à faire preuve de plus de rigueur lors de l'élaboration d'une *auto-déclaration* écologique²¹⁷.

3.1.2. Moyen ou long terme : instaurer un régime similaire à celui qui a été établi pour l'étiquetage des aliments biologiques par la *Loi sur les appellations réservées*

Une fois que la première modification législative aura été bien implantée au sein de la société canadienne - et toujours dans le but de limiter au maximum le risque de confusion découlant d'une multitude de déclarations publicitaires portant sur différents attributs environnementaux des produits ou services offerts sur les marchés canadiens - il pourrait être intéressant de considérer une seconde étape plus restrictive, à savoir l'interdiction des *auto-déclarations* écologiques dont le contenu ne serait pas certifié par une organisation tierce prédéterminée. Le fait de soumettre le droit de diffuser un certain type de publicité à «l'approbation» d'un organisme de certification ne serait d'ailleurs pas une première au Canada :

Article 21

Nul ne peut utiliser, dans la publicité, l'étiquetage, la présentation de tout produit ou dans des documents commerciaux qui s'y rapportent, une appellation réservée, à moins que ce produit ne soit certifié par un organisme de certification accrédité.²¹⁸

similaires, la FTC états-unienne s'est montrée beaucoup plus proactive en matière d'application des règles générales régissant la publicité fausse ou trompeuse aux cas spécifiques de publicité verte. Voir à ce sujet : D. L. Scammon et R. N. Mayer, *supra* note 211 aux pp. 34-40; A. K. McClure, *supra* note 34 aux pp. 1359-1361; D. Hoch et R. Franz, *supra* note 50 aux pp. 443-447.

217. Il est en effet notoire que le degré de conformité aux normes établies en matière de protection de l'environnement est souvent proportionnel à la crainte de faire l'objet de sanctions en cas de manquement à celles-ci. Voir à ce sujet : L. F. Duncan, *supra* note 107 à la p. 352; J.-B. Racine, «La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement» (1996) 4 *Revue juridique de l'environnement* 409 aux pp. 416-417; OCDE, *Gérer l'environnement : le rôle des instruments économiques*, Paris, OCDE, 1994 aux pp. 39-45.

218. *Loi sur les appellations réservées*, L.R.Q., c. A-20.02, art. 21.

Ainsi, nous inspirant directement du régime québécois établi sous l'égide de la *Loi sur les appellations réservées* en matière d'étiquetage des aliments biologiques²¹⁹ et de l'opinion de certains auteurs de doctrine²²⁰, nous croyons qu'une consommation écologique effective ne saurait être mieux assurée que par l'adoption d'un texte de loi réservant l'utilisation de la publicité écologique à une liste prédéterminée d'organismes de certification ainsi qu'à l'incidente création d'un organisme fédéral similaire au Conseil d'appellations agroalimentaires du Québec²²¹ [ci-après le CAAQ] dont la mission serait consacrée à la question de la publicité écologique²²².

3.2. Droit québécois : faciliter les recours des éco-consommateurs individuels

Une autre critique que nous avons formulée au cours de la deuxième partie tient à la difficulté des *éco-consommateurs* canadiens et québécois d'avoir accès aux recours établis tant par la *L.c.* fédérale que la *L.p.c.* québécoise²²³. En ce sens, plutôt que de nous attarder outre mesure sur les meilleurs moyens de sensibiliser les fonctionnaires actuellement responsables de l'amorce des recours sous la *L.c.* et la *L.p.c.* quant à l'importance d'accroître le contrôle sur les

219. «Le CAAQ accorde deux types d'agréments, l'accréditation et la reconnaissance de conformité. L'accréditation est réservée uniquement aux certificateurs qui ont des activités de certification à l'intérieur de la province de Québec. La reconnaissance de conformité, dont la procédure d'attribution est moins complexe, vise les organismes qui certifient des produits de provenance hors-Québec vendus sur le marché québécois. Un organisme reconnu conforme doit nécessairement obtenir l'accréditation du CAAQ s'il souhaite certifier des produits biologiques au Québec.» : CAAQ, *Certificateurs agréés par le CAAQ*, en ligne : <<http://www.caaq.org/bio/commerce/certificateur.asp?var=1>> (page consultée le 29 juillet 2004). Voir aussi : *Règlement sur les appellations réservées*, R.Q. 1996, C.A-20.02, r. 1, art. 1.

220. S. Lavallée et D. Normandin, *supra* note 42 à la p. 306; A. K. McClure, *supra* note 34 aux pp. 1375-1377.

221. CAAQ, *La certification au Québec*, en ligne : <<http://www.caaq.org/bio/certification.asp>> (page consultée le 6 août 2004).

222. Notons par ailleurs que certaines mesures similaires à notre suggestion ont déjà été adoptées aux États-Unis pour l'obtention du droit d'utiliser certaines déclarations écologiques précises comme, notamment, «recyclé» ou «contient des matériaux recyclés.» Voir à ce propos : *N.Y.C.R.R.*, *supra* note 214, § 368; *N. Hamp. Rev. Stat. Tit. 10*, § 149-N, en ligne : <<http://www.gencourt.state.nh.us/rsa/html/indexes/149-N.html>> (page consultée le 6 août 2004).

223. Voir la section 2.3 ci-dessus.

différentes formes de publicité écologique afin de permettre une consommation écologique effective au Canada²²⁴, notre avis est qu'il pourrait être adéquatement pallié à ces difficultés d'accès par l'adoption de mesures civiles ayant pour objet de favoriser la participation du public au contrôle du caractère justifiable des *auto-déclarations* écologiques²²⁵.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le caractère «tertiaire» du préjudice qui sera causé aux consommateurs écologiques qui se procurent un bien ou un service qu'ils croient être moins dommageable pour l'environnement nuit, pour l'instant, à toute forme de poursuites civiles portant sur autre chose que, au mieux, le remboursement du produit ou service acheté sur la base de fausses représentations²²⁶. Or, dans un contexte où la mise en œuvre d'outils de développement durable constitue un objectif primordial pour les acteurs gouvernementaux de la société canadienne²²⁷, ne serait-il pas justifié que l'on

224. Bien que nous considérions évidemment cette sensibilisation accrue comme étant souhaitable, il nous a semblé que les ressources limitées de l'O.P.C. et du Bureau de la concurrence, combinées à la multitude de sujets dont ces derniers doivent tenir compte dans le cadre du mandat qui leur a été conféré, n'étaient guère compatibles avec le caractère réaliste d'une suggestion qui viserait l'accroissement des ressources consacrées au contrôle de la publicité écologique en tant que telle.

225. «La participation du public est un principe directeur du droit de l'environnement et du développement durable [...] Elle assure l'équilibre des intérêts contradictoires qui sont en présence : la qualité du cadre de vie des citoyens; les priorités contradictoires de l'État en matière de développement économique et de protection de l'environnement; les relations suivies et harmonieuses entre l'État et sa clientèle polluante» : P. Halley, *Le droit pénal de l'environnement : l'interdiction de polluer*, Cowansville, Yvon Blais, 2001 à la p. 12.

226. *Supra* notes 98 et 196.

227. Mentionnons à cet effet que, en 1995, un pas important a été franchi en la matière avec la création, par le jeu des articles 15 et 21 ss. de la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. 1985, c. A-17, du poste de *commissaire à l'environnement et au développement durable* au niveau fédéral. Le Québec n'est d'ailleurs pas en reste : «En 1991, le Québec crée le Comité interministériel sur le développement durable auquel il confie le mandat de favoriser l'intégration des principes du développement durable dans les politiques et les programmes du gouvernement» : COMITÉ INTERMINISTÉRIEL SUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Rapport du Québec sur le développement durable*, Québec, Comité interministériel sur le développement durable, 2002 à la p. 59. En ligne : <http://www.menv.gouv.qc.ca/developpement/sommet/Rapport_Durable_2002_F.pdf> (page consultée le 6 août 2004). En 2003, Québec a constitué le *comité ministériel de la prospérité économique et du développement durable* : *Décret concernant le comité ministériel de la prospérité économique et du développement durable*, (2003) 20 G.O.Q. 2003 II. 2521.

considère une atteinte à la volonté d'un individu - exprimée par un geste concret - de diminuer les impacts environnementaux liés à ses activités de consommation comme assimilable à un préjudice direct?

En ce sens, et quoique nous considérions possible qu'une telle interprétation puisse être plaidée avec succès à l'appui d'un recours fondé sur les actuelles dispositions du *C.c.Q.* portant sur la responsabilité civile et contractuelle²²⁸, il nous semblerait particulièrement intéressant que le législateur québécois intègre une présomption légale au sein de la *L.p.c.* - ou du *C.c.Q.* - à l'effet qu'un consommateur - ou un individu - qui se trouve lésé par une déclaration publicitaire à teneur environnementale non-fondée sur des épreuves jugées justes et suffisantes soit présumé avoir subi un préjudice moral découlant de la négation de son désir de réduire les impacts environnementaux liés à sa consommation.

Nous croyons donc que le fait de permettre aux consommateurs écologiques de poursuivre civilement les entreprises faisant preuve de laxisme dans la formulation d'*auto-déclarations* écologiques pourrait produire deux effets, majeurs et interdépendants, qui seraient susceptibles de favoriser l'essor d'une publicité écologique fiable : (1) inciter les *éco-consommateurs* à être plus actifs en matière d'investigation quant au degré de fiabilité des publicités vertes qui leur sont offertes sur le marché et incidemment (2) pallier à un manque de ressources gouvernementales en augmentant le nombre «d'inspecteurs» sur le terrain²²⁹.

Il est évident que nos suggestions de «resserrement juridique» impliquent une certaine diminution des droits et libertés des entreprises désirant diffuser une publicité écologique sur le territoire canadien. La *Charte canadienne des droits et libertés*²³⁰ [ci-après la *Charte canadienne*] constituant désormais une limite fondamentale au pouvoir réglementaire des différents ordres de gouvernement au Canada, il nous est apparu nécessaire de vérifier si

228. *Code civil du Québec*, *supra* note 161, art. 1457 et 1458.

229. R. W. Proctor, *supra* note 107 à la p. 123. Voir aussi : P. Halley, *supra* note 225 à la p. 12; J. Benidickson, *Environmental Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2002 à la p. 155.

230. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

la restriction des droits qui découlerait de la mise en œuvre de nos suggestions pourrait être déclarée incompatible avec les droits et libertés protégés constitutionnellement et, plus particulièrement, le droit à la libre expression.

3.3. Restrictions à la liberté d'expression commerciale des entreprises?

La Cour Suprême du Canada a, avec les affaires *Ford*²³¹, *Irwin Toy*²³² et *RJR-McDonald*²³³, conféré une portée extrêmement large à la notion de «liberté d'expression» telle que protégée par l'article 2 b) de la *Charte canadienne*²³⁴. Selon le constitutionnaliste Richard Moon, la Cour a arrêté que «the freedom is seen as protecting acts of communication, in which an individual “speaker” conveys a message to a listener»²³⁵.

En termes clairs, «l'intention de communiquer un message» constitue l'élément clé afin de déterminer si, oui ou non, une parole, un écrit, une œuvre d'art ou un geste physique est susceptible de tomber sous la coupole de protection de la *Charte canadienne*, la seule limite posée étant les actes violents ou les menaces de violence envers un individu²³⁶. Il était donc normal que la publicité commerciale – et donc les différentes formes de publicité écologique – ne puisse être exclue du champ de protection de la liberté d'expression :

La Cour conclut en l'espèce que la publicité commerciale destinée aux enfants de moins de 13 ans est protégée par la liberté d'expression de l'alinéa 2 b), parce qu'il n'y a pas de raison de conclure autrement compte tenu du principe de l'interprétation large et libérale de la Charte.

La Cour conclut également qu'une loi qui interdit cette publicité commerciale a pour objet de restreindre la liberté d'expression parce qu'elle porte sur le contenu de certains messages et sur une forme

231. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

232. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

233. *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

234. *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 230, art. 2 b).

235. R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto, University of Toronto Press, 2000 à la p. 26.

236. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 232 à la p. 970.

d'expression liée au contenu, et non pas seulement sur les seules conséquences matérielles d'activités par lesquelles un message est transmis sans égard au contenu.²³⁷

Toutefois, rappelons que l'analyse d'un problème juridique impliquant un droit protégé par la *Charte canadienne* comprend deux étapes principales : (1) la démonstration par le demandeur que la mesure gouvernementale porte atteinte aux droits fondamentaux, et (2) la possibilité pour la Couronne d'amener la preuve que la mesure constitue une atteinte justifiable en vertu de l'article 1 de la *Charte*. En effet, évalués uniquement sous l'angle de l'atteinte aux droits fondamentaux, un très grand nombre de textes de lois devraient être invalidés puisque restreignant la liberté d'expression des citoyens canadiens. Pensons par exemple aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* interdisant la publicité fausse et trompeuse en général²³⁸ ou encore aux dispositions du *Code criminel* interdisant la production de matériel pornographique infantile²³⁹ qui portent manifestement atteinte au droit à la liberté d'expression des individus tel que défini par la Cour suprême.

L'évaluation du caractère raisonnable d'une disposition réglementaire qui restreint la liberté d'expression des Canadiens dépendra, entre autres choses²⁴⁰, de la nature du message visé par la restriction. La Cour suprême a en effet établi que trois valeurs principales sous-tendent le droit constitutionnel à la libre expression, soit «(1) la recherche de la vérité, (2) la participation aux

237. H. Brun, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p. 114.

238. *L.c.*, *supra* note 24, art. 52 et 74.01 et suivants. Mentionnons d'ailleurs que la Cour suprême du Canada a reconnu que l'interdiction de diffuser une publicité qui comporte un ou des éléments faux ou trompeurs était conforme à la *Charte canadienne*. Voir à ce propos : *R. c. Ellis-Don Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 840; N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 304.

239. *Code criminel*, *supra* note 107, art. 163 ss. Voir aussi : H. Brun, *supra* note 237 à la p. 116.

240. L'arrêt de principe en matière de justification raisonnable d'une restriction à un droit ou à une liberté prévu par la *Charte canadienne* est l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dans lequel la Cour Suprême prévoit les deux éléments à prendre en considération, soit (1) l'objectif visé par les mesures qui apportent une restriction aux garanties de la Charte doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique et (2) les moyens choisis par le législateur doivent être proportionnels à l'importance des mesures contestées.

décisions sociales et politiques et (3) l'enrichissement et l'épanouissement personnels»²⁴¹. Ainsi, les actes d'expression touchant directement l'une de ces trois valeurs seront considérés faire partie du «cœur» de la liberté d'expression, alors que les autres – comme la recherche d'un profit – seront relégués aux marges. À ce propos :

Political expression, for example, is considered core expression. As such it can be restricted only for the most substantial and compelling reasons. In contrast, pornography and *advertising* are seen as marginal forms of expression, because they are less directly linked to the values underlying freedom of expression.²⁴² [nos italiques]

Il semblerait donc que le droit de diffuser une publicité commerciale au Canada, de l'avis de la Cour Suprême, constitue une forme marginale d'activité expressive qu'il serait plus facile de restreindre par le biais de mesures «raisonnables»²⁴³. En ce sens, considérant le fait qu'aucun tribunal canadien n'a jamais eu à se prononcer directement sur la question de la restriction réglementaire du droit des entreprises d'émettre des déclarations publicitaires à teneur environnementale et avec toutes les modulations qu'impose la citation d'un précédent étranger en droit canadien, il nous est apparu important de souligner l'existence d'une décision de principe en droit états-unien dont les conclusions pourraient trouver une certaine résonance au Canada.

En effet, dans l'affaire *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren*²⁴⁴, la cour de première instance de l'État de la Californie a établi qu'une loi californienne restreignant l'utilisation de certaines expressions lors

241. H. Brun, *supra* note 237 à la p. 114.

242. R. Moon, *supra* note 235 à la p. 35.

243. «While the Supreme Court of Canada has said that advertising falls within the scope of section 2 (b) of the Charter, the court has also said that it does not lie at the core of the freedom and that, in comparison with other forms of expression, *its restriction may be easier to justify under section 1.*» [nos italiques] : R. Moon, *ibid.* aux pp. 77-78. Mentionnons par ailleurs que la Cour suprême a validé la constitutionnalité de deux types de législations restreignant le droit des entreprises de diffuser certaines formes de publicité avec les affaires *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 232 (publicité destinée aux enfants) et *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 233 (publicité visant les produits du tabac).

244. 809 F. Supp. 747 (N.D. Cal. 1992).

de la diffusion d'*auto-déclarations* écologiques²⁴⁵ ne violait pas le droit constitutionnel à la liberté d'expression des entreprises²⁴⁶. Cette décision a par la suite été confirmée en appel²⁴⁷ avant que la permission de porter le litige devant la Cour suprême des États-Unis ne soit refusée²⁴⁸.

En l'espèce, et à la lumière des principales exigences de la jurisprudence dominante en matière de liberté d'expression au Canada, il nous semble possible d'affirmer que nos suggestions de «resserrement juridique» pourraient être considérées comme des atteintes raisonnables au droit des entreprises à la diffusion d'*auto-déclarations* écologiques compte-tenu de (1) l'importance reconnue d'objectifs intimement liés à l'essor d'une publicité écologique fiable tels la protection de l'environnement et la mise en œuvre du développement durable au Canada²⁴⁹, (2) la confusion régnant en ce moment parmi les *éco-consommateurs* canadiens découlant de la trop grande quantité d'informations relatives aux attributs environnementaux des produits et services sur le

245. Cet extrait de la décision de la cour californienne de première instance nous permet de bien cibler la portée de la disposition contestée : «The statute, entitled "Environmental Representations Relating to Consumer Goods", provide that :

It is unlawful for any person to represent that any consumer good which it manufacturers or distributes is "ozone-friendly", or any like term which connotes that stratospheric ozone is not being depleted, "biodegradable", "photodegradable", "recyclable", or "recycled" unless that consumer good meets the definitions contained in this section, or meets definitions established in trade rules adopted by the Federal Trade Commission.

Cal.Bus. & Prof. Code § 17580.5.

The sole issue before this court is whether the California legislature, in its effort to regulate the "green marketing" phenomenon, has run afoul of the Constitution.» : *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren*, *supra* note 244 à la p. 750.

246. *Ibid.* à la p. 762.

247. *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren*, 44 F. (3^e) 726 (9^e Circ., U.S. App., 1994).

248. *Association of National Advertisers, Inc. c. Lungren* (1995), 116 Sup. C. Repr. 62.

249. «Non seulement la protection de l'environnement est-elle devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne, mais ce fait est maintenant reconnu dans des dispositions législatives telles que l'al. 13(1)a) LPE.(tiré de la p. 1076)
[...] Les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manœuvre en matière de réglementation environnementale, et l'art. 7 ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement.» *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 aux pp. 1076 -1078.

marché²⁵⁰, (3) l'opposition existant entre la présence immuable – peu importe son degré – d'un aspect «manipulateur» propre à la nature même d'une campagne de publicité commerciale²⁵¹ et la nécessité d'obtenir les informations les plus transparentes possibles pour permettre une consommation écologique effective et (4) des actuelles difficultés éprouvées par les *éco-consommateurs* canadiens afin de départager les déclarations environnementales valables de celles qui sont moins précises²⁵².

CONCLUSION

Le développement durable ne fera pas long feu s'il est «récupéré»; il risque de rejoindre la cohorte des désillusions si les investissements d'image sont plus substantiels que les renversements de comportement qu'il devrait inspirer.

Patrick D'Humières
*Une aspiration de vérité*²⁵³

Il est clair que l'efficacité environnementale d'un acte de consommation écologique dépend presque exclusivement de la qualité de l'information sur laquelle l'acheteur s'est fondé pour se procurer un bien ou service «vert»²⁵⁴. Conséquemment, pour que les consommateurs décident d'exercer leur pouvoir d'action en matière de réduction des impacts environnementaux liés à leurs habitudes quotidiennes, encore faut-il leur fournir une occasion véritable.

-
250. Cet élément est en effet fondamental puisque, comme l'écrit le professeur David S. Cohen : «... a distrustful public with no way of verifying environmental benefit claims may be prone to ignore even those that are legitimately made and to continue to use those products that give the best immediate results, irrespective of their environmental value...» : D. S. Cohen, *supra* note 59 aux pp. 240-241.
251. N. L'Heureux, *supra* note 65 à la p. 305.
252. Voir la section 1.2.2 ci-dessus.
253. P. D'Humières, «Une aspiration de vérité» dans A.-M. Ducroux, dir., *Les nouveaux utopistes du Développement Durable*, Paris, Les Éditions Autrement, 2002 à la p.121.
254. INDUSTRIE CANADA, *supra* note 26 à la p. 4.

Les premières pages du présent article nous ont permis de mettre en lumière les difficultés éprouvées par les éco-consommateurs canadiens désireux de se procurer des biens et services comportant le moins d'impacts pour l'environnement. En effet, la multiplicité des déclarations de préférence environnementale actuellement sur le marché et les nombreuses variations quant à l'indépendance de leurs émetteurs ou la fiabilité de leur contenu auraient contribué à l'établissement d'une certaine stagnation de la consommation écologique au Canada.

Ce constat nous a ensuite mené à l'analyse du cadre normatif canadien applicable à la publicité écologique avec à l'esprit une question bien précise : est-il possible de limiter les *auto-déclarations* environnementales à caractère faux ou trompeur en se fondant sur les normes actuellement en vigueur au Canada?

Bien qu'une interprétation plus littérale des résultats de cet examen aurait pu nous permettre de répondre à cette question par l'affirmative, il nous a malgré tout semblé que l'essor de la consommation écologique au Canada – et donc du développement durable – impliquait nécessairement un resserrement juridique des règles relatives au contrôle de la véracité des déclarations écologiques en général.

En effet, les dispositions générales prohibant la publicité fausse ou trompeuse de la *L.c.* fédérale et de la *L.p.c.* québécoise ne nous sont pas apparues suffisantes pour traiter de la problématique particulière d'un litige impliquant une déclaration écologique d'apparence fausse ou trompeuse. Rajoutant à l'argumentation que nous avons développée au fil de la présente recherche, la transposition en droit canadien de cet extrait de l'auteur californien David F. Welsh nous semble illustrer parfaitement les risques qu'impliquerait une non-intervention juridique en matière de publicité écologique :

Consumers will be the big losers if substantial changes in the green marketing regulatory scheme are not made. If the standards are not clarified, some manufacturers are likely to stop making environmental claims altogether, while others continue to get away with borderline or deceptive green claims. Many manufacturers who discontinue claims will also curtail research and development of environmentally

beneficial products. Consumers will be deprived of truthful and educational information and fewer environmentally helpful products will be consumed²⁵⁵

Ainsi, afin de pallier efficacement aux lacunes et faiblesses normatives identifiées lors de notre analyse, nous croyons fermement que certaines formes d'intervention gouvernementale – comme l'instauration progressive de mesures contraignantes visant à régir le contenu des différentes *auto-déclarations* écologiques – pourraient constituer des solutions toutes indiquées.

Soulignons toutefois que les conclusions de notre article ne doivent pas nuire à la perception globale des efforts qui devront être investis pour mettre en œuvre le paradigme du développement durable au cours des prochaines décennies. En effet, il importe de garder à l'esprit que le principe de la consommation écologique ne doit pas être considéré comme une fin en soi, mais bien comme un premier pas en avant. Le contraire pourrait avoir des effets particulièrement pervers et, en bout de ligne, n'entraîner aucun avantage concret du point de vue de la protection de l'environnement. En effet, comme nous le rappelle l'OCDE :

Faire la promotion de produits qualifiés de bon choix environnemental est peut-être dangereux, car le consommateur a l'impression erronée que l'utilisation et la consommation de ces produits sont avantageux pour l'environnement, alors qu'en réalité, ils sont tout simplement moins nuisibles que des produits comparables qui servent aux mêmes fins. Le fait est qu'en règle générale, la meilleure façon de protéger l'environnement est de choisir des produits plus appropriés et d'en consommer moins.²⁵⁶

En tout état de cause, il est donc à souhaiter que le développement de la consommation écologique au Canada atteigne un jour un niveau tel que des articles similaires au nôtre puissent, dans le futur, porter sur des moyens

255. D. F. Welsh, *supra* note 207 à la p. 1027.

256. OCDE, *supra* note 40 à la p. 41. Voir aussi : C. Sabourin, «Repenser les modes de consommation pour le mieux-être des générations présentes et futures» (août 2002) 57 *Énergie Liaison-Francophonie* 207 à la p. 214.

L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada : une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique?
(2005) 35 R.D.U.S. 519

concrets de ralentir le rythme de consommation des «sur-consommateurs» que nous sommes devenus.